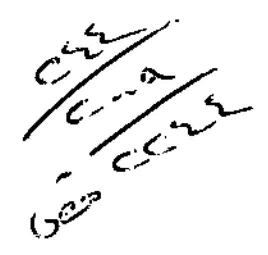


الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليـــم العـــالى

جامعــة الجــزائر

معهد الحقوق والعلوم الادارية

عنوان البحث

مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه

رسالــة مقدمــة لنيــل شهــادة الماجستير فى القانــون الخــاص

اعــداد :

ـ خليفاتي عبد الرحمن

اشراف :

الدكتور الاخضر بن عــزي

لجنة المناقشة :

ـ 1

ـ 2

ـ 3

ـ 1987 ـ

المقدمة :

ان للارادة دورا في انشاء العقد وترتيب آثاره .

لكن الى أي مدى يمكن الاعتداد بهذا الدور في القانون الجزائي ؟ .

هذا ما نحاول بحثه في هذا الموضوع " مدى الاعتداد القانون الجزائي بمبدأ سلطان الارادة في انشاء العقد وتنفيذه " . ويقتضي ذلك تتبع مراحل العقد منذ نشأته الى تنفيذه أو انهائه ، ومحاولة حصر الحالات التي تكون الارادة حرة فيها ، ثم التعرض للقيود التي ترد في كل مرحلة على دور الارادة وسلطانها في ذلك .

وقد حاولنا في كل ذلك تحاشي الدخول في تفصيل بعض الموضوعات التي رأينا التعرض لجزئياتها ليس ضروريا لبحث هذا الموضوع ، مكتفين بالاشارة اليها أو شرحها بما رأيناه لازما له .

وقد ارتأينا في هذه المقدمة أن نعرض لمفهوم الارادة ، وذلك قبل بحث مداها في انشاء العقد وتنفيذه .

فالارادة لغة هي القوة في النفس تمكن صاحبها من اعتماد أمر ما وتنفيذه[1] ، أو هي القدرة في التصميم على بعض الأعمال والتصرفات[2] .

ومن الناحية النفسية فالارادة تعبر عن الشعور بطلب شئ معين تكون في النفس رغبة اليه ، قد يكون هذا الشئ في صورة حاجة أو ضرورة تسعى الى اشباعها أو تحقيقها[3] .

أو هي تلك العملية النفسية التي تهدف الى ترجيح الميول التي تبدو في نظر الشخص أنها أسمى من غيرها[4] .

أما في اصطلاح القانون فالارادة هي نشاط نفسي تترتب عليه آثار قانونية فاذا كانت الارادة أمرا نفسيا ، فهي ذلك النشاط النفسي الذي يتجه الى تحقيق غرض معين بالاستعانة بوسيلة معينة تعين على بلوغ هذا الغرض[5] .

---

1) خليل الجر /المعجم العربي الحديث (لاروس) / باريس 1973 / ص 54 .
2) جبران مسعود /الرائد (معجم لغوي عصري) / المجلد الاول /بيروت 1978 .
3) عثمان سعيد عثمان /استعمال الحق كسبب للاباحة / القاهرة 1968 / ص 192 .
4) يوسف مراد / مبادئ علم النفس العام / ص 343 .
أشار اليه : عثمان سعيد عثمان /المرجع السابق / ص 193 هامش 2 .
5) عبد الرحمن عياد / أساس الالتزام العقدي / الاسكندرية 1972 / ص 37 .

فالفعل الارادي في رأي الفقه القانوني[1] ، مستعينا بآراء علماء النفس[2] يمر بأربع مراحل ، هي مرحلة تصور الهدف ، ثم مرحلة المداولة ، فمرحلة القرار والعزم ، وأخيرا مرحلة التنفيذ .

فالمرحلة الأولى وهي مرحلة تصور الهدف (Conception de But) ، وفيها يتصور الفرد هدفا معينا يريد تحقيقه ، فيتجه تفكيره الى هذا الأمر الذي استرعى انتباهه ، وبالتالي ولد فيه رغبة في اشباع حاجة ما .

فاذا ما نما هذا التصور انتقل الفرد الى المرحلة التالية ، وهي مرحلة المداولة (Delibèration) ، حيث يتدبر المرء هذا الأمر ويحكم عليه اذا كان ينبغي أن يفعل أو لا يفعل ، فيوازن بين نتائج هذا الأمر ، والوسائل المتاحة له .

ثم يدخل الفرد في مرحلة أخرى ، وهي مرحلة التصميم أو القرار (Decision) ذلك أن مناقشة البواعث والدوافع تؤدي الى العزم أي اتخاذ القرار ، وهو الأصل في الفعل الارادي فتصبح ارادة الفرد باتة بعد قضائها على عوامل التردد .

أما المرحلة الأخيرة فهي مرحلة التنفيذ[3] (execution) ، وتتمثل في حركة جسدية خارجية يتجه بها الشخص الى القيام بهذا العمل ، فلا يصبح القرار باتا الا اذا صاحبه التنفيذ .

ولكن ليس كل ارادة يعتد بها القانون ، ذلك أنه يجب أن تكون هذه الارادة صادرة من شخص مميز مدرك لما يقوم به من عمل ، والا كانت ارادته معدومة ولا يعتد بها (كارادة المجنون والمعتوه ، والصبي غير المميز) .

ويجب أيضا أن تتجه هذه الارادة الى احداث أثر قانوني ، فتتصف

---

1) عبد الرحمن عياد / المرجع السابق / ص 37 . وانظر كذلك لبني مختار / وجود الارادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن / ديوان المطبوعات الجامعية / الجزائر 1984 ص 7 .

2) جميل صليبا / علم النفس / الطبعة الثالثة / بيروت 1981 / ص 726 .

3) وعند بعض علماء النفس فان التنفيذ ليس من عناصر الارادة لأنه يتعلق بظروف خارجية عن الارادة ، ولهذا فهم يرون أن مرحلة التصميم هي المرحلة الأخيرة من مراحل الارادة ، وأن التنفيذ عمل خارجي لا يدخل في جوهرها .

بالجدية[1]، قاصدة الزام صاحبها قانونا[2] .

فاذا ماكانت الارادة موجودة ، وجادة ، وقاصدة احداث أثر قانوني فانها تكون صالحة لأن تنتج أثرها اذا ما عبر عنها تعبيرا صريحا أو ضمنيا .

فلابد من أن يعبر عن هذه الارادة فتظهر الى العالم الخارجي ، فما دامت كامنة في نفسية صاحبها فلايكون لها أي أثر في عالم القانون ، ولهذا لابد من الافصاح عنها .

فرغبة الانسان هي واقعة داخلية محضة ، ولا يمكن التعرف عليها ذلك لأننا نعجز عن قراءة مايدور بخلد الآخرين ، ولذلك لابد من أن تخرج هذه الرغبة الكامنة الى العالم الخارجي ، ولابد من نشاط معين للافصاح عن هذه الرغبة ، ونقلها الى عالم الظهور باعلام الغير بها[3] .

ولنا أن نتساءل هل الارادة حرة فيما تقوم به من أعمال وتصرفات ؟ .

ذهب بعض الفقهاء الى أن الارادة مطلقة الاختيار ، وأنها لا تقرر شيئا بتأثير الظروف الخارجية ، بل تقرر بتأثير ظروف ذاتية حرة ومستقلة .

اذ يرى بعضهم[4] في هذا الشأن أنه كلما بحث الشخص في أعماق نفسه عن السبب الذي يدفعه الى الفعل لم يجد فيها شيئا غير حريته .

وعلى كل فيبدو أن هذا الاتجاه قد غالى في تصوره لحرية الارادة ، وجعلها القدرة المطلقة على الاختيار .

ذلك أنه اذا كان للشخص حرية فيما يقوم به من أعمال وتصرفات فانها لابد وأن تحد بعدة قيود تكون لفائدة الشخص نفسه ، ولفائدة المجموع .

وحرية الارادة ترتبط أصلا بمبدأ معروف هو مبدأ سلطان الارادة (le principe de l'autonomie de la volontè) الذي يعني ان الارادة هي أساس ومصدر

1) فاذا ماكانت ارادة غير جادة ، كارادة الهازل الذي لا يقصد من تعبيره المعنى الحقيقي او المجازي فلايعتد بها ، وكذلك الشأن بمن يعلق ارادته على مجرد المشيئة .

2) واذا لم تتجه الارادة الى احداث أثر قانوني فلايعتد بها أيضا ، كما هو الشأن في أعمال المجاملات وقبول القيام بخدمة مجانية ، والاتفاقات التي تقوم بين أعضاء الأسرة .

3) عبد الرحمن عياد /المرجع السابق/ص 40 . وهو يشير في ذلك الى زيتلمان (Zitelman)

4) بوسويه (Bousset) أشار اليه جميل صليبا /المرجع السابق/ ص 756 .

انشاء الحقوق والالتزامات ، وهي كذلك أساس تنفيذ هذه الالتزامات .

وفي رأي فيرونيك رانويل (Vèronique RanoWil)[1] فان أول استعمال لاصطلاح (استقلال Autonomie)كان من طرف فقهاء القانون العام (القانون الدولي) ، وخاصة عند الفقهاء الألمان (فوليكس Foliex)و(سافيني SAVINY) ، وترجم الى الفرنسية عن طريق (فوليكس) نفسه .

ولكن كان لا يعني عند هذين الفقيهين سوى اختيار القانون الذي يحكم العقد من طرف المتعاقدين ، حيث يرى (سافيني) في هذا الشأن " ان القانون المحلي المطبق في كل مايتعلق بالحقوق يترك للارادة الحرة للأشخاص المعنيين"[2]

أما في فقه القانون المدني فان مبدأ سلطان الارادة له معنى واسع يعود الى الفلسفة القانونية ، انه يعني أن الارادة الفردية هي المصدر والمنشئ للحقوق والالتزامات[3].

ويبدو أن في ماذهب اليه بعض الفقهاء - من أن (كانت Kant) كان أول من استعمل اصطلاح (استقلال Autonomie) بالمعنى القانوني - فيه نظر ، ذلك لأن المفهوم الذي قصده (كانت) كان غير المفهوم الذي أعطى لهذا المبدأ عند باقي الفقهاء .

فقد عرف (كانت) سلطان الارادة بأنه " صفة تلحق الارادة ، ومؤداه أن الارادة لايمكن أن تتحدد الا بذاتها ، وبمعنى آخر بالقانون العالمي الأخلاقي بعيدا عن أي باعث آخر ملموس"[4] .

فكان يقصد بفكرة (سلطان الارادة) تلك الفكرة المجردة، وليس ماقصده الفقهاء أي الارادة الملموسة .

هذا وقد اقترح بعض الفقهاء[5] بعد أن تقلص دور الارادة اطلاق اصطلاح (استقلال جزئي autonomie partielle) بل ان البعض الآخر[6]

1) Vèronique Ranouil, L'autonomie de la volontè, naissance et èvolution d'un concept, thèse, Paris, 1980,P.(17) .
2) Saviny, Systeme de droit romain ,traduit par Geunoux,VèroniqueRanoUil, IBid, P.(27).
3) Gounot , L'autonomiede la volontèen droit privè , thèse, dijon,1912.
4) Kant, la critique de raison pratique , tome 2, 2ème partie .
5) بلانيول ، و ريبير planiol et Ripert .
6) Neboyet, la thèorie de la volontè, la Hay, 1927, P.(61).

يرى أنه ليس هناك سلطان للارادة ، فهي دائما تخضع لقيود معينة حتى في ظل المذهب الفردي .

وسنحاول بحث دور الارادة في انشاء العقد وتنفيذه في القانون الجزائري ثم القيود التي ترد على ذلك لنتبين في النهاية مدى سلطان الارادة الذي اعترف به القانون في هذا المجال .

ولدراسة ذلك ارتأينا التعرض في فصل تمهيدي الى دور الارادة في العقد في بعض الشرائع والقوانين القديمة والحديثة .

أما الباب الأول فقد خصص لمظاهر سلطان الارادة في انشاء العقد وتنفيذه في القانون الجزائري ، اما الباب الثاني فقد احتوى على القيود التي ترد على سلطان الارادة في انشاء العقد ، وبالنسبة للقيود التي ترد على سلطان الارادة في تنفيذ العقد فقد بحثت في الباب الثالث ، وانهينا البحث بخاتمة ضمت ماتوصلنا اليه من نتائج بخصوص هذا الموضوع .

الفصل التمهيدي : دور الارادة في العقد في بعض الشرائع والقوانين .

حاولنا في هذا الفصل أن نتبين مدى اعتداد بعض القوانين والشرائع بالارادة وبدورها ، قبل التعرض لذلك في القانون الجزائري .

ويحتوي هذا الفصل على مبحثين ، المبحث الأول خاص بدور الارادة ومدى حريتها في العقد في الشرائع القديمة ، أما المبحث الثاني فقد خصص لدور الارادة في القوانين الحديثة .

المبحث الأول : دور الارادة في العقد في الشرائع القديمة .

لقد ركزنا في هذه الشرائع القديمة على دور الارادة في القانون الروماني ثم دورها في فقه الشريعة الاسلامية .

المطلب الأول : دور الارادة في القانون الروماني .

كان المجتمع الروماني مجتمعا زراعيا يخضع لتقاليد وطقوس في تصرفاته ومعاملاته ، لم يستطع فيه الفرد أن يستقل بارادته ، ويقوم بالتصرفات القانونية التي يريد أن يجريها .

فالارادة كانت لا تكفي بذاتها لانشاء تصرف قانوني وتحديد آثاره فلا ينشأ هذا الأخير الا باتباع شكلية معينة حددها القانون ،وآثار التصرف لا تتولد عن الارادة بل عن الاجراءات الشكلية التي رسمها القانون .

وقد أبرز القانون الروماني دور الشكلية في التصرف القانوني حيث قرر ان " مجرد الاتفاق لا يولد التزاما (Ilex Nudo pacto non Nascitur)

وكانت العقود الشكلية التي عرفها القانون الروماني ثلاثة أنواع[1] :
عقد يتم بوزن صوري (Nexum) ثم ظهر الى جانبه العقد الكتابي (letteris) ثم العقد اللفظي (Verbis) ويتم هذا الأخير بألفاظ معينة .

وهذه العقود كانت بمثابة القوالب التي تصب فيها العقود جميعا .

1) عبد الرزاق السنهوري /الوسيط في شرح القانون المدني /جـ1/ مصادر الالتزام دار احياء التراث العربي 1952/ ص 417 .

وأهم التصرفات الشكلية التي عرفها القانون الروماني . هي التصرف بالسبيكة ، والميزان ، والاشتراط الشفهي (Upulatio)[1] .

ولعل أول عقد شكلي ظهر عند الرومان هو عقد القرض[2]، وأساس القوة الملزمة لهذا العقد يعود الى ركنه المادي ، وهو تسليم الشئ ، مما جعل هذا العقد عقدا عينيا لا يتم الا بالتسليم .

لكن الأمر لم يبق على هذا النحو ، اذ أن تطور المجتمع الروماني بسبب ظروفه الاقتصادية والاجتماعية ، وازدهار التجارة فيه أدى الى كثرة المعاملات وتنوعها ، وكانت الشكلية الجامدة تعرقل سير هذه المعاملات ، مما جعل القانون الروماني يعترف ببعض العقود الرضائية[3] .

وفي العصر العلمي[4] من تاريخ المجتمع الروماني استمرت الشكلية سائدة وظهر الى جانبها وكاستثناء بعض التصرفات الرضائية ، فكانت هناك جملة من الاتفاقات المجردة من الشكل عرفت باسم الاتفاقات البريتورية (pacta practoria) واعترف القانون بصحة بعض التصرفات ، واشترط أن يقوم كل طرف بتنفيذ التزاماته وقد عرفت هذه التصرفات باسم (العقود غير المسماة) .

لكن مع ذلك فقد بقي الشكل هو الأصل .

وقد ذهب جوستينيان الى أنه " على كل فرد أن يحترم شخصية الآخرين فلا يتدخل في شؤونهم الخاصة ، ولا في السلطات التي يخولها اياهم النظام الاجتماعي ، ويجب على كل فرد أن يعطي ماعليه للآخرين من حقوق ، وأن يحترم

---

1) صوفي حسن أبو طالب / أبحاث في مبدأ سلطان الارادة في القانون الروماني/ القاهرة 1964 ص 7 .

2) عبد الرحمن عياد / المرجع السابق / ص 13 .

3) مثل الاجارة ، والبيع ، والشركة ، والوكالة .

4) يبدأ العصر العلمي بتولي الامبراطور اغسطس السلطة عام 27 ق .م . وينتهي في القرن الثالث ميلادي (حوالي 284 ق .م) .
ويتميز هذا العصر بأنه عصر رخاء بالنسبة لروما ، حيث ساد السلام فيه ، وازدهرت التجارة وكذا الحركة القانونية .
أنظر في ذلك : رضا فرج / تاريخ النظم القانونية / ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1976 / ص 74 .
وأنظر كذلك : علي محمد جعفر / تاريخ القوانين والشرائع (القانون الروماني والشريعة الاسلامية / ط1 / المؤسسة الجامعية للدراسات والتوزيع/ بيروت 1982 . ص 76 .

حقوقهم المكتسبة طالما أن النظام الاجتماعي قد منح بعض الأفراد أشياء معينة باعتبارها ملكا خاصا لهم"[1] .

ويرى بعض الفقهاء[2] ان الشكلية لم تعرف في القانون الروماني كأصل عام بل ان مبدأ سلطان الارادة كان هو الأصل من استحداث (البريتور) بجانب الشكلية وبأنه أخذ ينافسها على مر العصور حتى انتهى به الأمر الى التغلب عليها .

والواقع ان القانون الروماني لم يجعل الرضائية مبدءاً عاما على مر العصور فاذا كان هذا القانون قد اعترف في أواخر عهده ببعض التصرفات الرضائية كما سبقت الاشارة الى ذلك[3] ، الا أن الشكلية ظلت سائدة ، وهي الأصل .

فالقانون الروماني لم يعرف حرية الارادة في القيام بالتصرفات القانونية الا في اطار ضيق ، وكاستثناء من قاعدة الشكلية التي لم تستطع الرضائية التغلب عليها .

المطلب الثاني : دور الإرادة في الشريعة الاسلامية .

لقد عرفت الشريعة الاسلامية كأصل عام مبدأ الرضائية . فالعقد في الفقه الاسلامي من صنع الانسان .

لكننا نجد فقهاء الشريعة الاسلامية قد اختلفوا حول مدى هذه الرضائية وحرية الارادة في ابرام العقود وتنفيذها .

ففاعلية العقود في الشريعة الاسلامية تتم بالايجاب والقبول ، دونما حاجة الى اجراء آخر[4] . وكل المطلوب في العقد أن تبرز الارادة في مظهر خارجي كاف لانتاج أثره .

وسنحاول أن نعرض للمذاهب الفقهية واختلافها حول مدى قدرة الارادة على انشاء العقود وترتيب آثارها في فقه الشريعة الاسلامية .

1) أشار اليه عثمان سعيد عثمان / المرجع السابق / ص 193 .
2) صوفي أبو طالب / المرجع السابق / ص 41 .
3) أنظر ماسبق / ص 7 .
4) عادل بسيوني / مبدأ سلطان الارادة في الشريعة الاسلامية / مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم / جامعة القاهرة / 1976- 1977 / ص 189 ، 190 .

حرية الارادة عند الحنابلة :

يذهب الحنابلة الى أن ارادة الأثر هي ارادة العاقد لا ارادة الشارع.[1]

ويرى ابن تيمية في ذلك أن " الأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هي ما أوجباه على أنفسهما في التعاقد[2] ".

فالأصل عند الحنابلة في الشروط العقدية هو حرية الاشتراط، أخذا بما ورد عن الرسول (ص) " المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا " ، واستنادا الى قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود[3] " وقوله عز وجل كذلك " وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا[4] ".

وعندهم أن كل شرط خالف حكم الله ، وناقض كتابه فهو باطل كائنا ما كان ، وأما اذا كان الشرط لا يخالف حكمة الله تعالى ، ولا يناقض كتابه ، وهو ما يجوز بذله وتركه بدون اشتراط ، فهو لازم بالشرط[5] ، وقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود ، وكذلك أمر بكل ماعقده المرء على نفسه .

ويرون ان العقود والشروط هي من الأفعال العادية ، فالأصل فيها عدم التحريم ، وقد بين الله ماحرم علينا " وقد فصل لكم ماحرم عليكم " ، واذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة ، لأن الفساد ينشأ من التحريم ، اضافة الى ذلك ليس هناك مايدل على تحريم جنس العقود والشروط وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم .

وقد ذهب (ابن القيم الجوزية) الى ابراز دور الارادة في الفقه الاسلامي حيث أورد في هذا الشأن مايلي " قال (مالك) و(أحمد) ، فمن قال " أنت طالق البتة" ، وهو يريد أن يحلف على شيء ثم بدا له ترك اليمين ، لا يلزمه شيء ، لأنه لم يرد أن يطلقها ، وكذلك قال أصحاب أحمد " .

---

1) محمد وحيد الدين سوار/ التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي/ الشركة الوطنية للنشر والتوزيع / الجزائر 1979/ ص 456 .

2) ابن تيمية / الفتاوى الكبرى/ جـ3 / ص 339 .

3) الآية (1) من سورة المائدة .

4) الآية (33) من سورة الاسراء .

5) حسن الذنون /محاضرات في القانون المدني العراقي / معهد الدراسات العربية الاسكندرية 1956 / ص 11 .

وقال (أبو حنيفة): من أراد أن يقول كلاما فسبق لسانه فقال: "أنت حرة"، لم تكن بذلك حرة، وقال أصحاب (أحمد) لو قال الأعجمي لامرأته "أنت طالق" وهو لا يفهم معنى هذه اللفظة لم تطلق، لأنه ليس مختارا للطلاق وكذلك لو نطق بكلمة الكفر من لم يعلم معناها لم يكفر[1].

اذن لقد عرف الحنابلة حرية الارادة، ومبدأ سلطان الارادة[2]، ولكن ليس على اطلاقه.

حرية الارادة عند فقهاء المذهب المالكي :

يعتد هذا المذهب كذلك بالارادة، وهو قريب من المذهب الحنبلي في اعطائه دورا بارزا للارادة في مجال العقود والاشتراط، الا أنه لم يوافقه موافقة تامة[3].

فقد اتجه المذهب المالكي الى ابراز دور الارادة، وجعل الرضا بأثر العبارة في التعاقد والقصد اليه أساسا في ترتيب الأثر[4].

وهكذا أبطل عقد الهازل والمخطئ في التعبير لانعدام القصد الى الآثار التي تترتب على العبارة، كذلك اعترف للارادة بدورها في تقرير بطلان العقود الصورية، والعقود المشوبة بالغلط، وعيوب الارادة بما فيها الاكراه[5].

---

1) ابن قيم الجوزية / اعلام الموقعين / المجلد الثالث / ص 75.

2) عادل بسيوني / المرجع السابق / والذي يرى أن فقهاء المذهب الحنبلي كانوا أكثر الفقهاء المسلمين جرأة في الأخذ بمبدأ سلطان الارادة.
وانظر كذلك حسن الذنون / المرجع السابق / ص11. الذي يذهب الى أن المذهب الحنبلي يصل في تقريره مبدأ حرية التعاقد وسلطان الارادة الى المدى الذي وصلت اليه القوانين المدنية الحديثة.
وانظر كذلك محمد سلام مدكور / المرجع السابق / ص 58. حيث يشير الى أن الفقه الحنبلي يصرح بأن للارادة السلطان الأكبر في تكوين العقود أو في ترتيب آثارها.

3) عادل بسيوني / المرجع السابق / ص 197.

4) محمد سلام مدكور / المرجع السابق / ص 61.

5) لقد فرض الفقه المالكي جزاء موحدا على جميع عيوب الارادة، حيث أن المذاهب الأخرى فرضت على ما دون الاكراه جزاء عدم اللزوم، ووقفت من عيب الاكراه موقفا مغايرا مترددا بين الفساد كما هو الحال لدى الأحناف، والبطلان عند الشافعية، والبطلان وعدم اللزوم عند الحنابلة.
ويرى وحيد الدين سوار، أن المذهب المالكي هو أقرب الى الفقه الغربي في توحيد الجزاء الذي يرتبه على عيوب الارادة، ففيه يكون العقد غير لازم فيه خيار للغلط أو للتدليس أو للغبن أو للاكراه. أنظر: وحيد الدين سوار / المرجع السابق / ص 460.

الا أن هذا المذهب لم يعترف بدور الارادة على اطلاقه ، اذ عرف الشكلية واشتراطها في بعض العقود ، فلا تتم عقود التبرعات وبعض العقود الأخرى الا بالشهادة ، وهناك عقود لا تتم الا بالقبض (كالهبة ، والقرض ، والرهن ، والوديعة ، والوقف)[1] .

حرية الارادة في الفقه الحنفي :

ان فقهاء الحنفية لم يتجهوا الى ربط الارادة بمشيئة الشارع ، كما لم يتجهوا الى مبدأ سلطان الارادة في كل العقود[2] .

وذهبوا الى التفرقة بين الاختيار والرضا[3] . فالاختيار هو مجرد ارادة العبارة وأداة شرعية لوجود العقد ، سواء أوجدت الرغبة في انشاء العقد أو لم توجد ، والاختيار يتم بترجيح فعل الشئ على عدم فعله والعكس .

وأما الرضا فهو الرغبة في آثار العقد من ترتيب الحكم الشرعي عليه عند وجوده وانشائه .

فالرضا يشمل الاختيار . ومن حالة انفكاك الرضا عن الاختيار حالة المريض الذي يختار بتر عضو من أعضائه دون رضائه .

والارادة عند الأحناف ليست ركنا في العقد بل هي شرط صحة[4] .

ويرى بعض الفقهاء[5] أن الأحناف قد فرقوا بين الارادة بمعناها الضيق الذي هو الرضا ، أي الرغبة في آثار العقد ، والارادة بمعناها الواسع ، الذي هو الرغبة في عبارة العقد وآثاره ، ومن ثم فهناك الارادة كركن في العقد ، والرضا كشرط لصحة العقد .

ويذهب الأحناف الى أن هناك ظروفا تؤثر على الارادة يجب مراعاتها فاذا ما وجدت ظروف تختفي بها الارادة تماما (الاختيار والرضا) مثل النسيان

---

1) مختار القاضي / تأثير الالتزامات المدنية بالنزعة الشخصية والمادية / مجلة المحاماة 39 لسنة 1958 .
2) محمد سلام مدكور / المرجع السابق / ص 61 .
3) ويترتب على تفرقة الأحناف بين الاختيار والرضا وجود نوع من العقود لم يعرف عند غيرهم هو العقد الفاسد . فاذا تحقق الاختيار دون الرضا انعقد العقد عندهم فاسدا وينقلب صحيحا اذا تحقق الرضا في الوقت المناسب .
4) ويستثنون من ذلك بعض العقود ، مثل عقد النكاح ، فيجب أن يتوافر فيها الاختيار (ارادة التعبير
5) عادل بسيوني / المرجع السابق / ص 92 .

والنماس ، والاغماء ، فان أي تصرف في هذه الحالة يكون باطلا . أما اذا توافرت ظروف ، وان لم تصل الى انعدام الارادة ، فانها تعدم الرضا (كالصورية) وعيوب الرضا ، فالعمل يكون معيبا أو فاسدا .

وهكذا نرى الأحناف يعترفون بدور الارادة في انشاء العقد ، وترتيب آثاره ، الا أن هذا الدور يبدو ضعيفا بالمقارنة مع مذهب الحنابلة .

حرية الارادة عند الشافعية :

لقد كان للشافعية رأي مناقض لحرية الارادة ، والذي يحد منها هو فكرة جعلية الآثار .

والمقصود بفكرة الجعلية هو أن آثار العقد تترتب بجعل الشارع وليس بارادة المتعاقدين[1] .

فحكم العقد عندهم ليس هو نتيجة لما قصده المتعاقدان ، بل هو من جعل الشارع وارادته . فالموجب للأحكام هو الله تعالى ، ولكن نظرا لأن ايجابه كان غيبيا فينسب الوجوب الى العلل .

والأخذ بفكرة الجعلية عند هؤلاء الفقهاء يؤدي الى جعل دور الارادة قاصرا ومحدودا ، فارادة الأفراد لا تكون حرة في انشاء العقود وترتيب آثارها .

وقد أورد (الشاطبي) في تبرير ذلك مايلي : " ولا غرو أن يكون السبب اختياريا رضائيا من كل الوجوه ، والمسبب ليس بارادة الشخص فقط ، فان ذلك جار كثيرا في أمور الحياة ، كمن يلقي البذرة في الأرض والانبات ليس من عمله بل من عمل الله ، ومع ذلك يكون معقولا وسائغا أن تكون العقود الشرعية رضائية اختيارية في كونها وآثارها وعمل الشارع الحكيم[2] " .

---

1) عادل بسيوني /المرجع السابق /ص 202 ، 203 .
وانظر كذلك : محمد سلام مدكور / المرجع السابق/ ص 58 .
ويرى (علي الخفيف) ان للجعلية معنيين ، معنى واسع ، ومعنى ضيق . فالمعنى الواسع هو أن الشارع جعل لكل عقد آثارا خاصة به تترتب عنها الاغراض الصحيحة التي يهدف اليها المتعاقدان من انشائه (كعقد البيع له آثار خاصة ، وعقد الايجار) أما المعنى الضيق فهو أن الشارع هو الذي يرتب الحكم الأصلي للتصرف ،ويرتب آثاره . فعقد البيع مثلا ينتقل الملكية الى المشتري وينقل الثمن الى البائع ، والناقل هو الشارع نفسه لا البائع . أما الأحكام التابعة كالتزام البائع بتسليم المبيع ، فتنفيذها يرجع الى ارادة الأفراد . أنظر عادل بسيوني / المرجع السابق /ص 241 .

2) الشاطبي /الموافقات / ج1 / ص 133 . أشار اليه عادل بسيوني /المرجع السابق / ص 209 .

ويبدو أن فقهاء هذا المذهب قد غالوا في الحد من دور الارادة اذ أرجعوا ترتيب العقود الى ارادة الشارع وحدها . وبالتالي فانهم ينظرون الى هذه المسألة نظرة سطحية تقف عند مظاهر الألفاظ[1].

ولهذا خلص فريق من الفقهاء الى أن فكرة الجعلية مجرد رأي كلامي ليست من الفقه في شيء .

حقيقة توجد بعض العقود ، وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية يتدخل فيها الشارع الى حد كبير[2] ، الا أنه في مجال الأحوال المالية وهي المجال الطبيعي لارادة الأفراد ، يترك للارادة دورها في القيام بالتصرفات وترتيب آثارها ، كل ذلك في اطار ما هو مشروع ومسموح به .

فالشريعة الاسلامية اذن اعترفت بدور الارادة في انشاء بالعقود وترتيب آثارها ، بشرط أن ينظر الى هذه الشريعة على أنها وحدة متماسكة دون النظر الى كل مذهب من مذاهبها على حدة .

وهكذا فرقت بين الارادات المختلفة ، فهناك من كان تعبيره لغوا لا أثر له ، وهذا تأكيدا منها على صحة الارادة واتجاهها الى ترتيب أثر التصرف الذي تقوم به .

كما اعتدت الشريعة الاسلامية بسلامة الارادة ، وقررت فكرة الخيارات[3] للتدليل على اهتمامها بالارادة .

---

1) حسن الذنون / المرجع السابق / ص 9 .

2) كعقد الزواج مثلا ، اذ يكاد الشارع ينفرد بترتيب آثاره دون الإرادة ، ويؤكد (محمد أبوزهرة) فكرة الجعلية في مجال عقد الزواج بقوله " ان الأسرة لمكانتها من الحرمة ، وما يجب أن يكون لها من الصيانة وما تستلزمه من القرار والثبات كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ، ويرتب الأحكام التي تنشأ منها" .
محمد أبوزهرة / الملكية ونظرية العقد / ص 222 .

3) ومن بين الحالات التي أجازت فيها الخيار ، تلك الحالة التي تكون الخبرة فيها تنقص صاحبها ، فأجيز له الخيار في مدة معينة ، وهذا خيار الشرط .
وقرر الخيار كذلك لو لم ير الشيء ، ثم يراه على غير ما كان يعتقده فيكون له أن يشاور نفسه ، وهذا هو خيار الرؤية .
وكذلك اذا ما كان في المحل عيب فأعطي للمتعاقد خيار العيب ، وهو حقه في الفسخ .

ويذهب بعض الفقهاء الى أن الشريعة الاسلامية عرفت اللفظية كأصل عام ، وهي نوع من أنواع الشكلية .

اذ يرى (شفيق شحاتة) في هذا الشأن أنه : " يوجد في الفقه الاسلامي نوع خاص من الشكلية نسميه اللفظية ، وهو أثر من آثار ما كان يحظى به اللفظ من التقديس في العصور الأولى [1] .

ويؤكد بأن التعاقد لا يتم الا بواسطة الألفاظ ، فالعقد ليس في المبدأ سوى لفظي، والكتابة تلعب دورا ثانويا جدا في فقه الشريعة ، فالأصل يبقى هو اللفظ .

والواقع أن مارآه (شفيق شحاتة) من اعتداد الشريعة الاسلامية باللفظ كأصل عام فيه نظر ، ذلك أنه اذا كانت بعض المذاهب تعتد باللفظ أحيانا [2] فان هناك الى جانبها مذاهب أخرى [3] ، وهي كثيرة ، لا تقدس الألفاظ .

وهكذا يرى (ابن قيم الجوزية) أن " الألفاظ لم تقصد لذواتها ، وانما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم ، فاذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه سواء كان باشارة أو ايماء أو دلالة عقلية أو قرينة حالية أو عادة له مطردة لا يخل بها [4] " .

فالشريعة الاسلامية لا تعتد باللفظ اعتدادا كبيرا ، واذا كانت تشترط لبعض التصرفات ألفاظا معينة كما في (عقد الزواج) والطلاق ، فهذا يرجع لخطورة هذه التصرفات وأهميتها . أما بقية التصرفات فالتعبير فيها حر ولا لفظية فيها .

وفي هذا الشأن يذهب السنهوري الى أنه " نستخلص من نصوص الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة أن هناك ميلا واضحا الى العدول عن مذهب اللفظية الذي التزمه الشافعي في بعض الروايات عنه ، والى اعتبار التعاقد

1) CHAFIK CHEHATA, thèorie gèneralede l'obligation en droit musulman , Paris, 1969, P(110.111)

2) كالمذهب الشافعي ، والمذهب الشيعي .

3) كالمذهب الحنفي ، والمالكي ، والحنبلي .

4) ابن قيم الجوزية/ المرجع السابق/ المجلد الأول/ص 218 . وهومن أنصار المذهب الحنبلي.

جائزا بالرسالة وبالكتابة وبالاشارة وبالتعاطي من حيث دلالة كل ذلك على التراضي ، وفي هذا يتلاقى الفقه الاسلامي مع الفقه الغربي[1] " .

اذن فان الشريعة الاسلامية قد اعترفت بدور الارادة وبحرية التعاقد كل ذلك في اطار الأحكام الجوهرية التي لا يمكن مخالفتها .

---

1) عبد الرزاق السنهوري / مصادر الحق في الفقه الاسلامي /جـ1/ص 125 ، 126 .

المبحث الثاني : دور الارادة في انشاء وتنفيذ العقد في القوانين الحديثة :

سبقت الاشارة الى أن حرية الارادة لم تظهر كأصل عام في القانون الروماني أما في الشريعة الاسلامية فقد عرفت هذه الحرية في اطار الأحكام الجوهرية التي جاءت بها هذه الشريعة .

فما هو مدى حرية الارادة في القوانين الحديثة ؟ .

للاجابة عن ذلك رأينا أن نعرض لحرية الارادة في المذهب الفردي ، ثم في المذهب الاشتراكي ، وهذا في مطلبين متتاليين :

المطلب الأول : حرية الارادة في المذهب الفردي .

قبيل الثورة الفرنسية ظهرت نظريات فلسفية تدعو الى ترك المجال للأفراد في النشاط الاقتصادي والاجتماعي ، وكانت هذه النظريات تستند خاصة الى القانون الطبيعي ، الذي ذهب أنصاره الى أن الانسان يصاحبه منذ ولادته حقه الطبيعي في الحرية[1] ، وبمقتضاه يستطيع أن ينشئ مايشاء من التصرفات ، ويقوم بتنفيذها بارادته الحرة ، ودور القانون هو منع التعارض بين هذه الحقوق وحماية هذه الحريات ، وهكذا يفسح المجال أمام الارادة الحرة التي لها الحق وحدها في الالتزام وانشاء الحقوق .

لقد دعت تلك النظريات[2] الى ضرورة الاهتمام بالفرد والى أن الغرض من تنظيم المجتمع يجب أن يكون حماية الفرد وحماية حقوقه .

فالنظام الاجتماعي عندهم يجب أن يرتكز على الفرد ، وبتحقيق مصالح الأفراد تتحقق مصلحة المجموع ، ذلك أنه لو ترك الأفراد أحرارا في نشاطاتهم الاقتصادية لتحددت الأسعار عن طريق العرض والطلب ، وتكون الارادة هي المسيطرة في العلاقات الاقتصادية والاجتماعية .

ووجدت هذه النظريات تأييدا من طرف مفكرين وفلاسفة يدعون الى تمجيد الحرية الفردية وتقديسها .

---

1) عبد الرحمن عياد / المرجع السابق /ص 16 .

2) لقد تزعم هذه النظريات في المجال الاقتصادي الفيزيوقراط ، اذ كانوا ينادون بالحرية الاقتصادية وحرية التبادل التجاري ، ويرون أن أي تقييد لهذه الحرية مضر بالاقتصاد .

فقد رأى (جان جاك روسو) (Jean Jacque Rousseau)[1] في هذا المجـال أن الفرد هو أساس القانون وغايته ، وليس هناك سوى الارادة العامة (VOLONTÉ GENERALE) التي تلزم الأفراد ، فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنع نفسه والقيود التي ترد على حرية ارادة الفرد انما مرجعها هذه الحرية نفسها .

فالعقد الاجتماعي (لروسو) كما يشير الى ذلك (كاربونيـه Carbonnier)[2] قد شيد مناخا ملائما للارادة الفردية .

بعد هذا ظهرت مذاهب ونظريات أخرى[3] اهتمت بدراسة الارادة ودورها في التصرفات التي يقوم بها الفرد .

ولقد تأثرت الثورة الفرنسية[4] بهذه المذاهب والنظريات ، وتأثر واضعو القانون المدني الفرنسي بالمذهب الفردي .

وهكذا ففي خطاب (بورتاليس Portalis) وهو أحد الأربعة الذين كلفوا بوضع مشروع قانون نابليون المقدم الى مجلس الدولة الفرنسي ، جاء التأكيد على الحرية في مجال العقود . فيرى (بورتاليس) في خطابه في هذا المجال مايلي : " فيما يخص العقود يجب أولا أن نحمي مبادئ القانون الطبيعي هذه المبادئ العملية في كل شئ ، عموما فان الأشخاص لهم السلطة في أن يتفقوا بحرية حول مايهمهم ، حاجياتهم تقربهم ، وعقودهم تحقق لهم هذه الحاجيات فالحرية التعاقدية لا تحد الا بواسطة العدالة وكذا بالنظام العام وبالمصلحة العامة "[5] .

1) Jean Jacque Rausseau, du Contrat Social, S.N.E.D. Alger, 1980, P.42.

2) Jean Carbonnier, thèorie des obligations, Paris, 1963, P. 81 .

3) فبالنسبة لمذهب القانون الوضعي وعلى رأسه (سبنسر) فيرى أنه يجب أن يترك الأفراد احرارا ، ولا يتدخل القانون فيما يقومون به ، اذ أن هذا التدخل يشكل اهدارا للموارد والطاقات التي تذهب في سبيل التنظيم والترتيب ، فالعدالة عند هذا المذهب هي أن تكون للأفراد الحرية الكاملة في استعمال قدراتهم الطبيعية ، وفي المبادلات والعقود . أما فقهاء المدرسة التاريخية فقد قبلوا نظرية الارادة ، وكانوا محاميها الرئيسيين .
أنظر في هذا الشأن روسكو باوند/ مدخل الى فلسفة القانون/ ترجمة صلاح الدباغ/ بيروت 1967 .

4) قامت الثورة الفرنسية عام 1789 ، وكان من بين أحد أهدافها ودعائمها الأساسية الحرية

5) Mazeaud, leçon de droit civil , Paris ; 1956.

فجاء القانون المدني الفرنسي لعام 1804 متبنيا فكرة الحرية مدافعا عنها ، وذهب الى أن الارادة هي مصدر الحقوق والالتزامات .

وجعلت المادة (1134) من هذا القانون ، العقد بمثابة القانون الذي يحكم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة حيث قضت بمايلي : " الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة الى عاقديها [1] .

فوفقا لهذه المادة فان الاتفاقات تشكل قانون المتعاقدين ، ولا يجوز للقاضي أن يتدخل ويعدل في العقود ، بل يقوم بشرحها وترجمتها ، وللأطراف وحدهم حق الرجوع في الاتفاق والتعديل منه والغاؤه [2] .

فالمادة (1134) من القانون المدني الفرنسي تسجل القوة الملزمة للعقد ، وهي ذات تطبيق عام ومطلق تخضع لها كل العقود ، فالعقد قانون وهو الذي يحكم العلاقة بين الطرفين .

لقد قرر القانون الفرنسي بذلك مبدأ الحرية التعاقدية ، وأعطى للارادة دورا أساسيا في التصرفات القانونية [3] .

وقد ذهب القضاء الفرنسي هو الآخر الى ابراز دور الارادة واحترام ماتقرره [4] .

---

1) "Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois a ceux qui les ont faites"

2) J. SAVATIER, la théorie de l' Imprévision dans les contrats ; JURIS Classeur , civil , art .(1101. 1140) .1982 , P.(202).

3) Alex Weill,et Françis Térré,Droit civil les obligations,2éme ed ,1975.

4) وبناء على ذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقدا يرجع الى القرن السادس عشر كان متفقا فيه أن تروي مياه احدى الترع الأراضي المجاورة لها نظير مقابل أصبح تافها بعد أن تغيرت الظروف .
نقض فرنسي في 6 أوت 1876 .
وكذا رفضت محكمة النقض أن تعدل عقد التأمين ضد خطر التجنيد وقت ان كانت الجندية في فرنسا بالاقتراع ، ثم زيد عدد الجيش الى الضعف تقريبا مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالا فزاد بذلك الخطر الذي تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة
نقض فرنسي في 9 يناير 1856 .
ولعل حكم محكمة الامبراطور الفرنسية الصادر في 1892/1/15 كان واضحا في أخذه

وحتى في النظام الانجلوسكسوني فقد اعتبر العقد المبرم بحرية أفضل وسيلة لتحقيق مصلحة المتعاقدين والمصلحة الجماعية[1] . وأكد فقهاء هذا النظام على أن الحرية العقدية ، وعدم جواز مخالفة العقد وضرورة احترامه هي الأدوات التي لاغنى عنها للمبدأ الاقتصادي (دعه يعمل دعه يمر Laisser Fair Laisser Passer) ودور المحاكم عندهم هو المحافظة على الحرية العقدية ، ومجازاة مخالفة العقود .

وهكذا فالعقد في ظل النظام الفردي يشكل شريعة المتعاقدين والقانون الذي يحكم العلاقة بينهما ، وارادة الأطراف هي أساس الالتزام في العقود ، ولم يكتف بعض المغالين من أنصار المذهب الفردي باعتبار الارادة مصدر الالتزامات والحقوق الناجمة عن العقود بل ذهبوا الى توسيع دائرة الارادة لتشمل المصادر الأخرى للالتزام .

وبناء على ذلك فان الملكية عند بعضهم تقوم على حرية الارادة وما الميراث الا وصية ، اذ يفترض بأن المورث قد أوصى بارادته بماله الى ورثته .

= بارادة المتعاقدين دون حاجة الى اجراء آخر ، فقد ورد في هذا الحكم مايلي : "ان القانون المطبق في مجال الحقوق التي تنشأ عن العقد يجب أساسا أن تكمل بارادة المتعاقدين ، أما اذا لم يعبر عن هذه الارادة لاصراحة ولاضمنا فان القانون المطبق هو قانون المكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد ، وليس قانون انشائه " .
حكم منشور في مجلة القانون الدولي الخاص/ 1894/ ص 154 ، 155 / نشار اليه في : Véronicque Ranouil,OP-CIT ,P.(45) .

وفي 1893/5/15 صدر حكم آخر من محكمة الامبراطور جاء فيه مايلي : "في تنازع القوانين في مواد العقود ، فان القاضي عليه أن يبحث قبل كل شيء على أية قاعدة تشريعية اتفق المتعاقدان لاخضاع تصرفهما اليها ... يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار ذلك ". Véronicque Ranouil,Ibid,P.(45).

1) فتحي عبد الرحيم عبد الله / العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري ، والانجليزي / القاهرة 1979 / ص 25 .

وكذا شبه العقد فهو مبني على ارادة مفترضة ، والجريمة وشبه الجريمة يفترض أن يكونا من فعل الشخص وارادته الحرة المميزة ، أما الالتزامات الناشئة عن القانون فانه يفترض بأن الشخص قد رضي بما رتبه القانون لنشوء هذه الالتزامات .[1]

وأصبحت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عندهم لا تقبل الاستثناءات فلا يمكن أن يعدل العقد أو يلغى الا برضا المتعاقدين .[2]

ولقد كان لظهور المذاهب الاجتماعية دور كبير في انتقاد حرية الارادة حيث ظهرت نظريات اجتماعية تنادي بأن الفرد (كائن اجتماعي) وارادته ليست هي الهدف الكلي للقانون ، لأنه يجب أن تمارس في ظل المصلحة العامة .

فذهب بعض أنصار هذه النظريات الاجتماعية الى الاعتراف بأن دور الارادة يكمن في ارتباطها مع الغير ، والقانون هو الذي يعرف لماذا ترتبط ويحدد هدفها .[3]

وينتقد بعضهم الاعتراف بدور الارادة المطلق في العقود والاتفاقات حيث يرى (ايهرنج Ihering) في هذا الشأن أن " الاعتراف باتفاق الارادتين

1) بل ذهب بعضهم الى حد اعتبار العقوبة الجنائية تقوم على أساس الارادة ، ذلك ان المجرم يعلم وقت ارتكابه الجريمة فانه سيعاقب على ذلك ، وانه باقترافه الجريمة قد رضي بتوقيع العقاب عليه .

2) لقد كان للمغالاة في اسناد كافة الحقوق والالتزامات الى الارادة رد فعل شديد من طرف بعض الفقهاء فهاجم الكثير هذه المغالاة وما تؤدي اليه من نتائج غير منطقية . وهكذا يرون أنه بالنسبة للحقوق العينية ليس صحيحا انها ترتكز على الارادة وحدها لأن هذه الارادة ترد عليها قيود كثيرة لأجل الصالح العام .
وليس الميراث مبنيا على وصية مفترضة ، فالواقع يؤكد أن الميراث أسبق في الوصية في التطور التاريخي .
وبالنسبة للالتزامات التي تفرض بواسطة القانون فلا تتوقف على ارادة المدين ، بل ان القانون هو الذي يرى ظروف المدين ويفرض عليه التزامات في حالات معينة .
وكذلك الحال بالنسبة للجريمة وشبه الجريمة فالفرد لا يريد أن يلتزم بل القانون هو الذي يلزمه بالتعويض .
أما شبه العقد فلا أثر للارادة فيه ، فالعقد وهو ميدان الارادة أحيانا قد لا تتوافر فيه حرية الارادة ، فلا يمكن اذن أن يعتد بالارادة في كل التصرفات .

3) Véronicque Ranouil, OP-CIT P.(132).

على اطلاقه يعني أن نستخرج رخصة لقرصان أو قاطع طريق مع اعطائه الحق في أن يسحق كل مايجده أمامه"[1].

فالعقود عندهم لا تكون لها قيمة قانونية الا اذا وظفت في خدمة الجماعة ، والارادة وحدها لا تكفي لانشاء الالتزامات وحرية الفرد تكمن في اطار الجماعة فهي حرية ذات وظيفة.

(1 Jean Carbonnier, théorie des obligations , Paris, 1963 .

المطلب الثاني : دور الارادة في المذهب الاشتراكي .

لقد بالغ بعض أنصار المذهب الفردي في فسحهم المجال للارادة الفردية ، لتقوم بما تشاء من التصرفات ، وفي انشاء الحقوق والالتزامات ، ظنا منهم أنه كلما سمح بالحرية الفردية كلما كان هناك مجتمع مثالي تتحقق فيه مصالح الأفراد .

لكن ذلك في الواقع أدى الى نشوء طبقة متميزة تحتكر الصناعة وتسيطر على التجارة الواسعة ، بينما بقيت طبقة العمال والتي تمثل الأغلبية العظمى ، تعاني سوء المعاملة والاستغلال ، وكانت القاعدة المتبعة في تسخير هؤلاء العمال هي (أقل قدر ممكن من الأجور وأكثر ما يكون من ساعات العمل الانتاجية) .

عند هذا الحد ، وحين تبين لهؤلاء العمال ان الحرية الفردية التي نادى بها أنصار هذا المذهب ماهي في الحقيقة الا سلاح في أيديهم ليتحكموا بواسطتها في وسائل الانتاج ، وتوجيه شؤون المجتمع ، عندها نظم العمال أنفسهم في شكل نقابات لاعادة التوازن بين الطبقتين وتكونت قوى اجتماعية جديدة . وكان بذلك ظهور الاشتراكية .

والمذاهب الاشتراكية ، وان اختلفت من حيث الشكل فانها تقوم على سيطرة الدولة على ملكية وسائل الانتاج ، وقيامها بتوجيه المشروعات لسد الحاجات ، وتدخلها لحفظ التوازن بما تصنعه من أساليب التخطيط .

وتقوم فلسفة المذهب الاشتراكي على أن الفرد المنعزل لا يمكن أن يكون حرا الا بقدر ارتباطه بالمجتمع ، وبهذا ضاقت الحرية الفردية في المجالات التعاقدية ، وأصبحت الارادة غير قادرة على انشاء كافة التصرفات ، وتدخل المشرع في العقود حماية للطرف الضعيف .

فارادة الأفراد في المجتمع الاشتراكي تحد منها عدّة قيود تهدف الى توجيه الارادة الى دعم التضامن وتحقيق المصلحة العامة .

ويذهب بعض الفقهاء[1] الى تشبيه دور الارادة في المجتمع الاشتراكي بحالة ذلك الذي يريد أن يكتسي ، ولا يجد أمامه سوى محل وحيد يحتكر الملابس الجاهزة ، فاذا كان هناك مجال للاختيار فانه لا ينصب الا على ما يوجد بداخل هذا المحل .

والنشاط الاقتصادي في الدول الاشتراكية لا يقوم على الحرية الفردية ، بل تتدخل الدولة لتوجيهه ، ويخضع للتخطيط وهيمنة الدولة على وسائل الانتاج ، وهكذا ففي الاتحاد السوفياتي مثلا فان التجارة الخارجية محتكرة من قبل الدولة ولا يمارسها سوى اتحاد الجمهوريات ، وكذلك فأن ادارة البنوك والمؤسسات والدوائر الاقتصادية والمؤسسات التجارية ، والنقل والبريد ... الخ . كلها من اختصاص الاتحاد .

فالفكرة التي تسيطر هي أداء كل فرد واجبه الاجتماعي بشرف واحترام قواعد الحياة في المجتمع الاشتراكي[2] .

وترد على ارادة التمليك هناك قيود كثيرة بحيث لا تستطيع هذه الارادة مجاوزتها[3] .

فالارادة تبدو مقيدة في ظل النظام الاشتراكي ، فيما تقوم به من تصرفات ، بحيث لا يمكنها أن تتعدى هذه القيود التي وضعت لتحقيق مصلحة الجميع .

---

1) عثمان سعيد عثمان / المرجع السابق / ص 202 ، 203 .

2) المادة 130 من دستور الاتحاد السوفياتي .

3) فالدستور السوفياتي لا يحمي الملكية الا في صورة صغيرة ، ولا يمكن لها أن تؤثر على الخطة الاقتصادية العامة للدولة ، ولهذا فانه يحمي حق المواطنين في الملكية الشخصية للمداخيل والمدخرات الناتجة عن عملهم ومسكنهم واقتصادهم المنزلي والأدوات المستعملة في منازلهم لقضاء حاجاتهم اليومية .
المادة (9) من الدستور السوفياتي .
عثمان سعيد عثمان / المرجع السابق / ص 200 .

ولكن أحيانا تسبق الايجاب مرحلة تمهيدية ، من شأنها أن تجعل المتعاقد ينظر الى ظروف الصفقة ويفكر قبل أن يصدر منه ايجابه يكون صالحا لأن يقترن به قبول ، فينعقد العقد وهذه المرحلة هي مرحلة المفاوضات .

ثم ان الشخص قد يرى عدم التعاقد فيفضله ، وأحيانا يفضل التعاقد مع شخص معين بالذات ، ولا يقبل التعاقد مع غيره ، وبذلك يكون حرا في عدم التعاقد واختيار المتعاقد الآخر .

ولهذا سنتعرض الى حرية الارادة في اجراء المفاوضات ، وهذا في مطلب أول ، والى الحرية في التعاقد وعدمه ، وكذا في اختيار المتعاقد الآخر في مطلب ثان .

المطلب الأول : حرية الارادة في اجراء المفاوضات .

يحدث أحيانا أن يبعث شخص لآخر دعوة الى التعاقد ، فاذا مالبى هذا الأخير الدعوة ، دخل الطرفان في مفاوضات ، قد تطول أو تقصر ، ولا يرتب القانون عليها أي أثر .

فالأصل أن الأشخاص أحرار في هذه المرحلة ، ولهم أن يستمروا في اجرائها أو يقطعوها دون أن تترتب مسؤولية من جراء ذلك .

فالمفاوضات تساعد الشخص على الموازنة بين فرص الربح والخسارة قبل الدخول في علاقة تعاقدية .(1)

لكن اذا ما اقترن العدول عن هذه المفاوضات بواقعة مستقلة عن العدول ذاته ، فان ذلك يشكل مسؤولية الشخص الذي قطعها(2) ، كمن يستحث

---

1) ويشير كاربونيه (Carbonnier) في هذا الشأن الى أنه " من الأفضل الا يتم العقد على أن يتم على وجه غير صحيح " . ويذهب الى أن المفاوضات يمكن قطعها لأنها لا تشكل سوى موازنة بين مصالح الطرفين . Jean Carbonnier, droit civil . tome 3, P.(62)

أشار اليه : Rene Rodiere, la formation du contrat ,Paris,1976,P.(43).

2) وتكون المسؤولية هنا تقصيرية تقوم على أساس الخطأ التقصيري في جانب من عدل، ذلك لأن العقد لم يتم بعد حتى تترتب المسؤولية العقدية .

انظر في هذا الشأن حكماً لمحكمة النقض المصرية جاء فيه مايلي: " ان قطع المفاوضة ليس سوى عملا ماديا ، لا يترتب عليه أي أثر قانوني ، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة

هذه المفاوضات دون أن تتوافر لديه النية الجادة في التعاقد ، فاذا ما استطاع الطرف الآخر اثبات ذلك في جانب من عدل كان له أن يطالبه بالتعويض اذا ما سبب له ذلك ضررا أصابه ، بعد ان اعتقد بجدية المفاوضات ، واتخذ من الاجراءات مايحقق نجاحها .

ويذهب بعض الفقهاء الى أن الشخص الذي يقطع هذه المفاوضات يكون قد خرق الثقة المشروعة[1] التي تنشأ لدى الطرف الآخر . وهذا الرأي فيه نظر ، ذلك لاننا لو اعترفنا بأن قطع المفاوضات يشكل اخلالا بالثقة المشروعة لاستوجب ذلك أن تكون المفاوضات ملزمة ، وهي كما رأينا غير ذلك في الأصل اذ يجوز للشخص أن يقطعها متى شاء ولا تترتب عليه أية مسؤولية ، مالم يقترن عدوله بخطأ يستوجب مسؤوليته .

وقد رأت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها[2] ان قطع المفاوضات من جانب واحد فجأة وبدون سبب مشروع بعد أن وصلت الى مرحلة متقدمة يخالف قواعد حسن النية في العلاقات التجارية ، ويعد تبعا لهذا خطأ يقيم المسؤولية التقصيرية .

ويذهب محمود جمال الدين زكي[3] الى أن رأي هذه المحكمة غير صحيح

= في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية ،أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ولا تترتب عن عدوله أية مسؤولية الا اذا اقترن به خطأ تتحقق به المسؤولية التقصيرية عند نشوء ضرر منه للطرف الآخر المتفاوض معه، ولا يجب اعتبار مجرد العدول عن اتمام المفاوضة هو المكون لعنصر الخطأ ، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ، ويتوفر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية" .
نقض مدني مصري 9 فيفري 1967 /أشار اليه سليمان مرقس/ المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية/معهد البحوث والدراسات العربية 1971/ص 40، 41.

1) Danilo Llanos loayza, L'abus de droit dans les obligations civils Contractuelles, thése de doctorat, Paris(1975, P.(20).

2) نقض فرنسي 20 مارس 1972 / أشار اليه/ محمود جمال الدين زكي /مشكلات في المسؤولية المدنية / المرجع السابق/ ص 139 .

3) ويرى بأن الظروف التي فصلت فيها محكمة النقض تبرر ماذهب اليه ، ذلك أن المفاوضات كانت بين شركتين لشراء آلة أمريكية ضخمة باهضة الثمن (آلة لصنع الاسمنت) ، وقد أرسلت الشركة الراغبة في شرائها الى الولايات المتحدة بمن يعاين هذه الآلة على حسابها وأرسلت أيضا الى وكيل الصانع في فرنسا تطلب منه معلومات لاختيار النوع المناسب من الآلة لكن هذه الشركة (الوكيل) قامت ببيع هذه الآلة الى شركة منافسة ، ولم تبعث بالمعلومات =

اذ لا يمكن أن تترتب المسؤولية على قطع المفاوضات وحدها ، بل يجب أن يقترن بذلك خطأ مستقل عنه .

وكانت محكمة استئناف ران (Cour d'appel de renne.) قبل ذلك قد قررت أن " الوعد المزيف بترتيب عقد يمكن بدون أن يلزم الواعد عقديا ، أن يرتب خطأ تقصيريا[1] .

ان العدول عن المفاوضات اذن يجب أن يكون لأسباب معقولة ، ولهذا قررت محكمة النقض الفرنسية بأن القطع المفاجئ من جهة واحدة للمفاوضات المتقدمة هو مصدر للمسؤولية[2] .

وذهبت هذه المحكمة في حكم آخر لها بأن المادة 1382 ، والمادة 1383 يمكن تطبيقهما في حالة العدول على المفاوضات ، حتى ولو لم يكن هناك قصد الاضرار بالطرف الآخر[3] .

---

1) حكم لمحكمة استئناف ران (Cour d'appel de Renne) الصادر في 1929/7/8 ، في قضية تتلخص وقائعها في أنه جرت محادثات طويلة بين موثق وكاتب عنده مدة ثمانية عشر شهرا ، وهذا لبيع مكتبه له ، وقدمه لعملائه على أنه خلف له فيه وعاونه على شراء دار لسكناه بالقرب منه ، واشترى الكاتب على أمل البيع ، سيارة وخزانة حديدية ، وفجأة قطع الموثق المفاوضات ، وامتنع عن البيع بحجة ان كاتبه له علاقة بخادمه (خادمته) فاعتبرت المحكمة ان قطع المفاوضات كان بدون مبرر ، اذ أنه وقع لأسباب لاعلاقة لها بأمور التعاقد ، فضلا عن التشكك في صحة تلك العلاقة .

2) حكم تجاري 1972/3/20 .

3) حكم لمحكمة النقض الفرنسية في 3 أكتوبر 1972 وتتلخص الوقائع التي فصلت فيها هذه المحكمة في أن شركة متخصصة في بيع العقارات تلقت عرضا لبيع طابق أرضي (Rez de Chaussée) مهيئ لاستعمال تجاري من قبل شركة أخرى على أن تتحمل هذه الأخيرة بعض التعديلات في المكان محل الشراء ، فقبلت الشركة هذا العرض ، وأذنت لمهندسي الشركة الراغبة في الشراء بالتدخل لاجراء دراساتهم ، وعلى الرغم من حالة المفاوضات المتقدمة كما توضح الوقائع فان المشتري (الاحتمالي) قطع هذه المفاوضات وحل في مكان آخر. طالبت الشركة البائعة المشتري الاحتمالي (الشركة) بالتعويض لقطعها المفاوضات بشكل تعسفي ، فرفضت محكمة استئناف (باستيا Bastia) طلبها هذا على أساس أن رفض المشتري (المحتمل) انجاز البيع لا يشكل مسؤولية الا في حالة ما اذا كان القصد من ذلك هو الاضرار بالغير . وبعد أن طعن في القرار بالنقض ، قررت محكمة النقض مسؤولية الشركة التي قطعت هذه المفاوضات حتى ولو لم تكن تقصد الاضرار بالغير .

مشار اليه في : Danilo Llanos Loayza, OP-CIT P.(22).

المطلب الثاني : الحرية في التعاقد وعدمه واختيار المتعاقد الآخر .

الأصل ان الشخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد ، وهو الى جانب ذلك حر في اختيار المتعاقد الآخر .

ان العقد يفترض في الأصل ارادتين حرتين تتجهان الى احداث أثر قانوني معين ومقتضى ذلك يكون للمتعاقدين الحرية في الدخول في العلاقة التعاقدية فالشخص لا يلزم في الأصل سوى بالعقود التي عقدها برضائه ، وبالتالي فهو لا يجبر في الأصل بالتعاقد الا اذا دعت ضرورة المصلحة العامة الى ذلك .

كما ان للشخص أيضا أن يرفض التعاقد ذلك لأنه يوازن بين مصالحه المختلفة ، فقد يرى ان مصلحته تكمن في عدم التعاقد فيفضل عدم الدخول في العلاقة التعاقدية .

كذلك فان للشخص أن يختار الطرف الآخر الذي يريد التعاقد معه وهذا لما للارادة من دور في تمييز ما يحقق مصلحة صاحبها ، لذلك لأن الشخص قد يرى بأن التعاقد مع شخص معين يجعل مصلحته تتحقق معه أكثر من غيره من الأشخاص فيلجأ الى ابرام العقد مع هذا الشخص .

فالشخص يوازن بين الفرص المتاحة له ويفضل الصفقة التي تحقق مصلحته أكثر من غيرها . فتكون له بذلك الحرية في اختيار المتعاقد معه .

هذه هي القاعدة العامة التي بموجبها يكون للشخص الحرية في التعاقد أو عدمه ، أو اختيار المتعاقد الآخر .

ولكن في بعض الأحيان يكون الأشخاص مجبرين على الدخول في العلاقة التعاقدية ولو لم تكن اراداتهم تريد الارتباط بالعقد .

وقد يمنع الشخص أيضا من التعاقد ، اذ لا يمكنه أن يجري العقد ولو اتجهت ارادته إلى ذلك .

ويجبر المتعاقد على أن يبرم العقد مع من يرغب في التعاقد وأحيانا مع أشخاص معينين أعطى لهم القانون امتيازات عن غيرهم من الأشخاص .

ففي مثل هذه الأحوال فان الارادة لا تكون حرة ، بل تتقيد[1] وهذا لمقتضيات المصلحة العامة .

1) أنظر ماسيأتي بخصوص القيود الموضوعية الواردة على سلطان الارادة في انشاء العقد .

المبحث الثاني : دور الارادة أثناء انشاء العقد .

يتم العقد - كما أشرنا سابقا - بايجاب يصدر من شخص يطابقه قبول من طرف الشخص الذي وجه اليه العرض ، فينعقد العقد بذلك .

وللطرفين أثناء انشاء العقد أن يتفقا ويشترطا على مايريانه يحقق مصالحهما ، كل ذلك في اطار القانون .

ولهذا سنعرض لحرية الارادة في الايجاب والقبول ، ثم لمظاهر هذه الحرية في الاتفاقات والاشتراطات التي يجوز للطرفين القيام بهما .

المطلب الأول : حرية الارادة في الايجاب والقبول .

فالايجاب هو الارادة الباتة ، والتي يواجهها شخص قصد الالتزام بابرام العقد اذا ما صادفه قبول مطابق من طرف من وجه اليه ، وقد يصدر الايجاب دون مفاوضات تسبقه ، وقد تكون هناك مفاوضات تنتهي الى صدور ايجاب بات ونهائي[1] .

والايجاب في الفقه التقليدي[2] غير ملزم بحيث يستطيع من وجهه أن يرجع فيه مادام لم يقترن بقبول .

وذهبت محكمة النقض الفرنسية الى : " ان الايجاب لعدم كفايته لتقييد من أصدره يمكن الرجوع فيه مادام لم يقبل على وجه صحيح[3] .

---

1) يرى بعض الفقهاء ان هناك مرحلة وسطى بين المفاوضات والايجاب البات ، هي مرحلة (الايجاب المعلق) وهو الذي يعلق على شرط ولا ينفذ الا اذا تحقق ذلك الشرط ويبدو ان هذا النوع أقرب الى المفاوضة منه الى الايجاب لأن من شروط الايجاب أن يتضمن العناصر الجوهرية التي تجعله صلحا لاقترانه بالقبول ، فينعقد العقد بذلك في حين ان الايجاب المعلق قد يعلق على شرط يكون متضمنا أمرا جوهريا لا يقوم الايجاب بدونه ، اضافة الى أنه ليس هناك فائدة عملية في التفرقة بينه وبين المفاوضات ، حيث انه لا يكون له أثره الا اذا تحقق الشرط المعلق عليه .

2) من هؤلاء الفقهاء (ديمولمب) و (أوبري ورو) و (لوران) أشار الى ذلك محمود جمال الدين زكي / مشكلات المسؤولية المدنية / المرجع السابق / ص 142 .

3) أنظر محكمة النقض الفرنسية في عدة أحكام لها 1901/12/12 ثم في 1919/2/3 ثم في 1932/2/2 . أشار الى ذلك محمود جمال الدين زكي / المرجع السابق / ص 143 .

ولقد أعطى المشرع الجزائري الحرية لمن أراد أن يتعاقد في اصدار ايجابه وفي امكانية العدول عنه مالم يكن الايجاب ملزما .

وأشارت المادة 63 من القانون المدني الجزائري الى حالة الايجاب الملزم الذي يلزم من أصدره ولا يمكنه العدول عنه ، فقضت هذه المادة بما يلي : " اذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى انقضاء هذا الأجل ، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة" .

فاذا ما اقترن الايجاب بمدة ، كان ملزما[1] لمن أصدره ولا يستطيع أن يعدل عنه ، وتكون المدة صريحة في الغالب[2] ، لكن أحيانا قد يستخلص ضمنيا من ظروف التعامل أو من طبيعته[3] .

فالايجاب يفترض من الموجب ارادة صالحة للارتباط بقبول الطرف الآخر وينشئ التزاما على صاحبه ولارادته المعروضة .

فاذا ما أصدر الموجب ايجابه بقي هذا الايجاب حتى يصل الى من وجه اليه ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الايجاب بالبيع اذا كان في القاعدة العامة يمكن الرجوع فيه طالما لم يقبل فان الأمر

1) يبدو أن الايجاب يكون غالبا ملزما ، ذلك انه وفقا لهذه المادة فان الايجاب المقترن بمدة يكون ملزما ، والايجاب في الغالب يكون مقترنا بمدة .
ففي التعاقد بين غائبين فلا بد من مدة معقولة لوصول الايجاب الى من وجه اليه هذا اذا لم يحدد الموجب زمنا للبقاء على ايجابه ، أما في التعاقد بين حاضرين ولو أن المتعاقدين يجمعهما مجلس واحد ، الا أنه لابد أن يكون الايجاب الصادر من أحد الطرفين مقترنا بمدة ولو كانت برهة قليلة تكفي لوصول التعبير الى الطرف الآخر ، ورد هذا الأخير على العرض المقدم له .

2) كأن يحدد الموجب مدة معينة للرد على ايجابه من طرف شخص يوجه اليه الايجاب فاذا مافات هذا الأجل تحلل الموجب من التزامه .

3) فيكون الايجاب ملزما في هذه الحالة أيضا . كأن يعرض شخص بيع شيء تحت التجربة فيستفاد ضمنيا انه يبقى على ايجابه المدة اللازمة للتجربة .
أو اذا ما أصدر شخص ايجابه لغائب ولم يحدد له مدة لذلك ، استفيد بقاء الموجب على ايجابه المدة اللازمة لوصول العرض لمن وجه اليه .

يختلف اذا كان الموجب قد التزم صراحة أو ضمنا بعدم الرجوع فيه قبل مدة معينة[(1)] .

واذا ما عدل الموجب عن ايجابه فان ذلك يشكل مسؤوليته التقصيرية ويكون سببا للتعويض لمن وجه اليه هذا الايجاب اذا ما سبب له هذا العدول ضررا .

ويرى بعض الفقهاء[(2)] أنه حين يعدل شخص عن ايجابه فانه في الحقيقة لم يقم الا باعلان أن تعبيره السابق عن ارادته ـ الذي بدا بأنه جدي ونهائي من أجل ابرام العقد ـ لم يكن في الحقيقة يتضمن سوى ارادة غير جدية لم تتجه للمتعاقد اتجاها نهائيا ، وهذا مايشكل ـ حسب رأيهم ـ خداعا يهدف الى الاضرار بالغير .

---

1) حكم محكمة النقض الفرنسية في 17 ديسمبر 1958 .
أشير اليه في Dalloz , 1959 , P. (33)

وانظر في هذا الشأن أيضا حكم المحكمة باريس في 5 فبراير 1910 ، تتلخص الوقائع التي فصلت فيها هذه المحكمة في أن السيد (ميشلن Michelen) أعلن يوم 14 يناير 1908 عن رغبته في شراء (مجلة العالمين Revue des deux Mondes) لسنة 1932 ، بمبلغ مائة وثمانين فرنكا ، وفي نفس يوم 14 يناير ، بعث اليه السيد (ولتر Walter) صاحب مكتبة باريس يعرض عليه أن يبيعه هذه المجلة بمبلغ مائة وثمانين فرنكا ، وفي يوم 15 يناير (أي بعد أربع وعشرين ساعة من هذا العرض) قبله (ميشلن) بخطاب مسجل الى (ولتر) ، وأرسل اليه الثمن وأجرة الارسال استلم (ولتر) الخطاب يوم 16 يناير ، لكن (ولتر) كان قد باع المجلة خلال هذه الفترة القصيرة ، وادعى انه تحلل من ايجابه ، فرفضت محكمة باريس ادعاءه هذا ، مقررة في حكمها مايلي : " ان ادعاء (ولتر) لم يقم على أساس لأنه كتب الى (ميشلن) شخصيا ليعرض عليه مجلة معينة بسعر معين ، وكان يجب عليه أن يترك له وقتا ماديا للرد عليه " .
حكم محكمة باريس 5/2/1910 . أشار اليه : عبد الهادي العطافي / صور من طرق التعبير عن الارادة في القانونين الانجليزي والسوداني / مجلة القانون والاقتصاد / العدد الأول / السنة الرابعة والأربعون / مارس 1974/ص 109 .

2) Chabas , declaration de la volanté,P.(182).

والواقـــع ان الموجـــب قد يصـــدر ايجابـــه ، ويعـــبر عـــــن ارادته الجـــادة والنهائيـــة ، ولكنـــه قد يضطـــر أحيانـــا الى العـــدول ، لابدافـــع الاضـــرار بالغـــير ، بل لظـــروف أخـــرى تـــؤدي به الى محاولـــة التخلـــي عـــن عـــرض قدمـــه الى شخـــص معـــين[1] .

ويلـــتزم الموجـــب بابـــرام العقـــد اذا ما أبـــدى الطـــرف الآخـــر قبـــوله للعـــرض المقـــدم من طـــرف هـذا الموجـــب ، الا اذا تبـــين أن الموجـــب لـــم يكـــن في نيتـــه أن يقصـــد توجيـــه العـــرض[2]، أو تبـــين ذلـــك من ظـــروف الحـــال[3] .

---

1) من ذلـك مثـلا أن تعرض عليه صفقة رابحة أخرى ، يراها أكثر تحقيقا لمصلحته مـــن الصفقة المتاحـة له ، فيعدل عن العرض الأول الذي قدمه ، ولا يكون في نيتـــه الاضرار بالغير .

2) كأن يتبين أن هـذا ليس ايجابا بل هو دعوة الى التعاقد .

3) كما حدث بالنسبة لقضية فصلت فيها المحكمة التجارية (للسين Seinne) تتلخص وقائعها في أن السيد (موران Mauran) دخل يوما الى أروقـــة الأروقة (Galerier la Fayette) راغبا في شراء فستان كان معروضا في واجهة لهـذه الأروقة على احدى الدمى . فرفض ممثل الشركة المذكورة تسليم الفستان المعروض بحجة انه ليس هناك نية لبيعه ، وأمام محكمة السين التجارية ذكرت الشركة بأنه ليـــس في نيتها من عرض البضائع في الواجهة بيع هذه البضائع بالذات ، بل بيـــع البضائع المطابقة لها والموجودة عندها ، وقد أخذت محكمة السين التجارية بهـــذا الدفع ، ورفضت دعوى السيد (موران) مقررة بأن عرض دمية على الجمهور عليها فستـــان لا يجعل صاحب العرض في حالة ايجاب لبيع الفستان فعرض النماذج (Modelles) على الدمي يعد عملا فنيا دقيقا ليس في الامكان اعادته يوميا .
حكم محكمة السين التجارية في 28 ماي 1921 .
مشار اليه في : Danilo llanos loayza, OP-CIT,P.(30) .
وكانت محكمة السين قبل هذا التاريخ قد الزمت صاحب المحل الذي عرض بضاعته مـــع بيان أثمانها بالبيع ، وهذا في قضية مشابهة للقضية السابق الاشارة اليها فصلـــت فيها سنة 1869 ، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدة (مارتن Martin) دخلت محلا في باريس لشراء أقمشة حريرية وضع عليها سعرها بواجهة المحـــل ـــ

وهكذا يذهب الفقه الحديث والقضاء الى الزامية الايجاب بعدم جواز العدول عنه . باقتران الايجاب بمدة معقولة تجعل من وجه اليه الايجاب يجد الفرصة للتفكير وتدبير أمره ليرسل رده ، وعلى ذلك فلا يجوز لمن أصدر الايجاب أن يعدل عنه ، والا ترتبت مسؤوليته .

فحرية الارادة تبدو في اصدار الشخص لايجابه ، وهذا كأصل عام الا أنها قد تتقيد بعد ذلك .

أما بالنسبة للقبول[1] ، فتبدو حرية المتعاقدين في هذا التعبير في أن من صدر اليه الايجاب ليس ملزما بالموافقة عليه كقاعدة عامة ، فله أن يقبله أو يرفضه .

فشرعية رفض القبول تبدو بديهية ولا تحتمل جدلا أو تدليلا في غير حالات الاجبار القانوني على التعاقد[2] .

فمن وجه اليه الايجاب حر في قبوله أو رفضه ، فاذا ماقبله انعقد العقد والا فان العرض الذي تقدم به الموجب يسقط ، ولا يترتب على ذلك أي أثر .

هذا وقد سار القضاء والفقه على اعطاء الطرف الذي وجه اليه الايجاب الحرية في قبوله أو رفضه .

فذهبت محكمة النقض الفرنسية الى أنه لايمكن أن نعزو أي خطأ الى

= فرفض صاحب المحل أن يبيعها هذه الأقمشة بحجة أنها ما وضعت بالمحل الا لجلب الزبائن ، وليس بقصد بيعها ، فرفضت محكمة (السين) التجارية هذا الادعاء مقررة " بأن الأقمشة قد عرضت في المحل بنية بيعها ، وهذا نتيجة لوضعها بالواجهة مع بيان أثمانها" . والزمت المحكمة التاجر بأن يدفع للسيدة (مارتن) تعويضا عن تأخيرها في استلام البضاعة .
حكم محكمة (السين) في جانفي 1869 . أشار اليه/عبد الوهاب المطافي /صور من طرق التعبير عن الارادة في القانونين الانجليزي والتقنين المدني السوداني/مجلة القانون والاقتصاد /العدد الأول /السنة الرابعة والأربعون /مطبعة جامعة القاهرة 1974/ ص 67 .

1)وهو التعبير البات عن ارادة الطرف الذي وجه اليه الايجاب ، برضائه بما عرضه عليه الموجب ، فهو الارادة الثانية في العقد .

2)محمود جمال الدين زكي /مشكلات المسؤولية المدنية/ المرجع السابق/ ص 150 .

المالك في رفضه بارادته ماقدم اليه ، ولو كان ماعرض عليه يشكل فائدة بالنسبة له.[1]

فالأصل اذن أن الشخص حر في اصدار قبوله أو رفض ماوجه اليه ، اللهم الا اذا ما اقترن رفضه بملابسات[2] تستوجب مسؤوليته ، فاذا ثبت بأن الايجاب لم يصدر الا لأن القابل قد استجث صدوره من طرف الموجب ، حينذاك يسأل طبقا للقواعد العامة لأن رفضه الايجاب في هذه الحالة يكون قد اقترن بخطأ منه .

وقد كان في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري نص يتضمن المبدأ العام لحرية الشخص في رفضه العرض الموجه اليه أو قبوله[3] ، الا أنه حذف فيما بعد[4] .

هذا ولم يأت المشرع الجزائري بنص في هذه المسألة ، وهذا اكتفاء بالقواعد العامة المطبقة في هذا الشأن .

واذا ما قبل الشخص العرض الموجه اليه ، فانه لا يشترط لقبوله شكل خاص ، وهذا مارأته محكمة النقض الفرنسية ، اذ قررت أن " قبول المشتري الذي أعطى موافقته على الانضمام الى اتمام البيع لا يخضع الى أي شكل آخر ، ولا تشكل معرفته من طرف القاضي سوى واقعة ثبتت بكافة طرق الاثبات"[5] .

---

1) حكم محكمة النقض الفرنسية في 24 نوفمبر 1924 ، وتتلخص وقائع القضية التي فصلت فيها هذه المحكمة في أن شريكا في شركة متخصصة في بيع العقارات ، عرضت عليه هذه الشركة مبلغا كبيرا لبيع أرضه الصخرية ، تريد الشركة أن تقيم عليها مقرها ، لكنه رفض العرض الموجه له ، فطالبته الشركة قضائيا بالتعويض على أساس أنه تعسف في استعمال حق الملكية ، لكن القضاء قرر بأن الشخص الموجه اليه الايجاب يمكن له قبوله أو رفضه ولا يجبر على ذلك . أشار الى هذا الحكم Jean luc Aubert, Notions et Roles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Paris, 1970, P.(307).

2) أحمد سلامة / مذكرات في نظرية الالتزام / الكتاب الأول / مصادر الالتزام / القاهرة 1975 ص 108 .

3) فقد ورد في المادة 136 من هذا المشروع مايلي: " يجوز لمن وجه اليه الايجاب أن يرفضه مالم يكن قد دعا اليه ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد الا اذا استند الى أسباب مشروعة ". وقد ورد في المذكرة التفسيرية تعليقا على ذلك بأن الايجاب نتيجة للدعوة اليه يمتاز عما عداه من ضروب الايجاب بأن من وجه اليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع . / مجموعة الأعمال التحضيرية / ج2 / ص 45 .

4) حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لعدم ضرورتها ، ولأنها ليست سوى تطبيق للمبادئ العامة . أنظر في ذلك / محمود جمال الدين زكي / الوجيز في النظرية العامة للالتزامات / ط3 / القاهرة 1978 / ص 83 / هامش 12 . وأنظر كذلك / عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني / ج1 / مصادر الالتزام / ص 216 .

5) حكم محكمة النقض الفرنسية في 25/5/1949 ، في قضية ادعى فيها أحد الأشخاص =

انما يشترط أن يكون هذا القبول مطابقا للايجاب وخاصة في الأمور الجوهرية [1] ، وأن يكون قد حصل قبل سقوط الايجاب .

فاذا ماكان هناك ايجاب قد صدر من شخص الى آخر ورد هذا الأخير بالموافقة عليه ، فان العقد يتم اذا ما تطابق القبول مع الايجاب في المسائل الجوهرية على الخصوص ، اذ يمكن لهما أن يرجئا المسائل التفصيلية ليتفقا عليها فيما بعد ، على شرط الا يتم الاشتراط بينهما على أن لا يقوم العقد اذا اختلفا على هذه المسائل التفصيلية .

وفي هذا تنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري على مايلي : " اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا (الا أثر للعقد) عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما ، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة " .

ويبدو أن في هذه المادة خطأ ، ويتمثل في عبارة (الا أثر للعقد) حيث انه لا يمكن أن ينتج العقد أثره ، الا اذا انعقد وتم الاتفاق عليه ، في حين أنه في هذه الحالة التي تعرض لها المادة لم يتم العقد بعد فكيف يكون له أثر والصحيح هو " ولم يشترطا الا يتم العقد أو ينعقد العقد " عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما . فبتطابق الايجاب والقبول اذن ينعقد العقد برضا الطرفين .

- أنه قبل في المدة المحددة عرضا بالبيع من طرف شخص آخر رفض ابرام العقد ، فأجاز قضاة الموضوع للشخص الأول أن يثبت بشهادة الشهود هذا العرض ، ولما طعن في الحكم ، أيدت محكمة النقض هذا الحكم .

أشار اليه : Jean luc Aubert , OP-CIT,P.(328)

ويعلق على هذا القرار بأنه يتفق مع المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي لأن القبول ليس تصرفا قانونيا وانما هو عنصر من هذا التصرف ، وهذا مايبرر في نظره رأي المحكمة باجازة الاثبات بشهادة الشهود .

1) المسائل الجوهرية هي المسائل التي لا يمكن أن يقوم التصرف بدونها (ففي عقد البيع مثلا تكون المسائل الجوهرية هي (الثمن والشيء المبيع) وفي الايجار (مدة الايجار والأجرة) . أما زمان ومكان الوفاء في عقد البيع مثلا فهي من المسائل التفصيلية التي يمكن الاتفاق عليها فيما بعد .

أضف الى ذلك ان القاعدة هي أن يتم العقد بمجرد التراضي دون حاجة الى اجراء آخر ، الا أن القانون قد يفرض اجراءات وقيودا تحد من رضائية الطرفين . وسنرى مدى هذه الرضائية في العقد عند تعرضنا للقيود التي ترد على هذا المبدأ الذي ورد في المادة 59 من القانون المدني الجزائري ، حيث تقضي هذه المادة بما يلي : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتيهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية " .

المطلب الثاني : حرية الارادة في الاتفاقات والاشتراطات .

ان القانون يجيز للمتعاقدين أن يتفقا بارادتهما ويشترطا بما يرتضيانه وفي حدود القواعد التي تضبط هذه الارادة وتنظمها .

وسنعرض لبعض هذه الاتفاقات والاشتراطات التي يجوز للأطراف القيام بها أثناء انشاء عقودهم .

وقد رأينا أن نعرض للاتفاقات المتعلقة بتعديل قواعد المسؤولية كأهم اتفاقات يجوز للمتعاقدين القيام بها ، وهذا في فرع أول على أن نعرض لبعض الاتفاقات والاشتراطات الأخرى في فرع ثان .

الفرع الأول : الاتفاقات المتعلقة بتعديل قواعد المسؤولية[1] .

يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يعدلا قواعد المسؤولية العقدية وينظما آثارها التي تنشأ نتيجة الاخلال بالالتزام العقدي، وذلك اما بتشديدها

---

1) هذه الأحكام خاصة بقواعد المسؤولية العقدية ،دون المسؤولية التقصيرية ، التي تعد أحكامها من النظام العام ، وبالتالي فلا يمكن الاتفاق على التخفيف أو الاعفاء منها ، وهذا ما تقضي به المادة 178 الفقرة الثالثة مدني جزائري " ويبطل كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي " . هذا وان الاتفاق على التشديد من المسؤولية التقصيرية ليس فيه مساس بالنظام العام ، وبالتالي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على التشديد منها . ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل عدة مصطلحات فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية . فتارة يستعمل مصطلح (العمل المستحق للتعويض) كما ورد في العنوان الذي أتى به للفصل الثالث من الباب الاول من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود ، وهذا في النص العربي. وهذا مصطلح غير مانع اذ أن المسؤولية العقدية أيضا هي عمل مستحق للتعويض، وتدخل تحت هذا العنوان .
وطورا يستعمل (العمل المضر) كما جاء ذلك في الفقرة الثالثة من المادة 181 من القانون المدني الجزائري أو (الفعل الضار) كما ورد ذلك في العنوان الذي أتى في النص الفرنسي للمسؤولية التقصيرية كمصدر من مصادر الالتزام . ومرة يشير الى مصطلح (العمل الاجرامي) كما ورد في المادة 178 من القانون المدني الجزائري . ويبدو أن مصطلح (العمل الاجرامي) غير سليم لما يثيره من اختلاط بين المسؤولية التقصيرية (المدنية) والجنائية .

أو التخفيف منها ، أو الاعفاء منها ، ولقد قررت المادة 178 ق ...... مايلي : " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة ، وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ، ويبطل كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي " .

فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن تكون مسؤولية المدين مشددة ، فيمكن بذلك أن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ ، ولو كانت هناك قوة قاهرة تحول بينه وبين تنفيذ ما التزم به ، وهذا ماتشير اليه الفقرة الأولى من المادة 178 ، " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة" .

فاذا كان الأصل أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي تعفي من المسؤولية ، فانه يجوز اذا ما كان الأمر يتعلق بالمسؤولية العقدية ، أن يتحمل المدين تبعية ذلك ، ويلتزم بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية العقدية .

كما يمكن الاتفاق على أن يكون الالتزام ببذل عناية التزاما بتحقيق غاية بالنسبة للمدين ، فتشدد بذلك مسؤوليته ، وهذا مايشكل نوعا من التأمين يلتزم به المدين .

كما أن للمتعاقدين أن يتفقا على التخفيض من المسؤولية العقدية أو الاعفاء منها .

فللمتعاقدين الاتفاق على التخفيض من مبلغ التعويض مثلا ، كما لو اتفق الطرفان على أن لا يتحمل المدين تعويضا الا عن الخسارة التي تصيب الدائن دون الربح الذي يفوته عند عدم التنفيذ[1] ، أو أن يتفق المتعاقدان في عقد النقل البحري أن يكون التعويض على ثمن البضائع في مكان الشحن فقط[2] .

---

1) محمد وحيد الدين سوار / شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام/جـ 1 مصادر الالتزام / 1980 ، 1981 / ص 395 .

2) محمود جمال الدين زكي / الوجيز في النظرية العامة للالتزام / المرجع السابق ص 394 .

ويجوز كذلك الاتفاق على أن يعفى المدين من المسؤولية اعفاء كليا لكن المشرع لم يترك هذه القاعدة بدون استثناء، وذلك حفاظا على مصلحة الطرفين ولهذا قرر أنه اذا كان الأصل يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن يعفى المدين من المسؤولية فانه اذا ارتكب غشا أو خطأ جسيما بقي مسؤولا ، فتقضي الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ، الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم" .

فلا يجوز اذن الاتفاق على اعفاء المدين مما يترتب عن غشه أو عن خطئه الجسيم[1] .

ومن تطبيقات جواز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية ماجاء في نص المادة 377 من القانون المدني الجزائري بخصوص عقد البيع اذ أجازت هذه المادة للمتعاقدين أن يتفقا على الزيادة في ضمان نزع اليد (الاستحقاق) أو ينقصا منه أو يسقطاه[2] .

وكذلك الحال بالنسبة لضمان العيوب الخفية ، حيث مكنت المادة 384 المتعاقدين من أن يتفقا على الاعفاء من الضمان أو الزيادة منه أو انقاصه مالم يكن البائع قد ارتكب غشا بمحاولته اخفاء العيب في المبيع[3] .

فللمدين اذن أن يتفق مع الدائن[4] على التخفيف من المسؤولية أو التشديد

---

1) الخطأ الجسيم يلحق بالفعل العمد ويأخذ حكمه ، وذلك حتى لا يدعي المدين الذي يتعمد الاخلال بالتزامه أن هذا الاخلال لم يكن مقصودا وان كان خطأ جسيما ويكون من الصعب على الدائن أن يثبت أن الخطأ خطأ متعمد .

2) اذ تقضي هذه المادة في فقرتها الأولى بمايلي : " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه أو يسقطاه " .

3) تنص المادة 384 على مايلي : " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، غير ان كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا تعمد البائع اخفاء العيب في المبيع غشا منه .

4) ولقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها في 1968/4/4 بمايلي : " المسؤولية العقدية عن تعويض الضرر الذي يتسبب عن خطأ المدين متى تحققت لا ترتفع عن هذا المدين باقرار الغير بتحمل هذه المسؤولية عنه ، مادام الدائن المضرور لم يقبل ذلك ولم يكن طرفا في الورقة التي أقر فيها الغير بتحمل تلك المسؤولية ولا يعتبر هذا الاقرار من الغير اتفاقا على الاعفاء من المسؤولية ، مما تجيزه المادة 217 " التي تقابل المادة 178 من القانون المدني الجزائري" ، لأن الاتفاق الذي تعنيه هذه المادة هو الاتفاق الذي يحصل بين الدائن المضرور وبين المدين المسؤول ، بشأن تعديل أحكام المسؤولية

منهـا ، أو الاعفاء منهـا اذا لم يكن ذلك نتيجة خطأ جسيم أو غش منه[1] .

الا أن المشرع أجاز الاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية التي تكون نتيجة غش أو خطأ جسيم من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ، اذ تنص المادة 178 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري على مايلي : غير أنه يجوز للمدين أن يشترط اعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه " .

ويرى بعض الفقهاء في تبرير اجازة ذلك ان عمد الغير لاينزل منزلة الشرط الارادي المحض[2] .

لكن يبدو ان هذه الفكرة لا تتفق مع المبادئ العامة في المسؤولية العقدية ، اضافة الى خطورتها على مصالح الأشخاص ، خاصة اذا كان المتعاقد شخصا معنويا ويستخدم عمالا ومستخدمين ولا يسأل عن أخطائهم ولو كانت جسيمة ، وهذا مايؤدي الى عدم مراقبة هؤلاء المستخدمين والعمال[3] .

الفرع الثاني : بعض الاتفاقات والاشتراطات الأخرى التي يجوز للأشخاص القيام بها .

لقد أجاز القانون للمتعاقدين أن يتفقا ويشترطا على مايحقق مصالحهما دون الاخلال بما رسمه في هذا الشأن من قيود وأحكام تحد من ارادتيهما في ذلك .

وهكذا فللمتعاقدين ، كما سبقت الاشارة ، الاتفاق على الأمور الجوهرية في العقد ، ولهما أن يتركا المسائل التفصيلية ليتفقا عليهما فيما بعد .

الواردة في القانون المدني ، اعفاء أو تخفيفا أو تشديدا . أما حيث يتفق المسؤول مع الغير ليتحمل عنه هذه المسؤولية دون دخل للمضرور في هذا الاتفاق ، فان هذا يكون اتفاقا على ضمان المسؤولية لا يؤثر على حق المضرور في الرجوع على المسؤول الأصلي ولا ينقص من هذا الحق " . أشار اليه عبد الودود يحي /الموجز في النظرية العامة للالتزامات / مصادر الالتزام / القاهرة 1981 / ص 179 .

1) الا أن هناك بعض الأخطاء التي لا يمكن الاتفاق على الاعفاء منها ، كماهو الحال بالنسبة لخطأ الطبيب أثناء ممارسته لمهنته ، فلا يجوز للطبيب أن يتفق مع المريض على اعفائه من مسؤوليته عن الأخطاء التي تحدث أثناء اجرائه العملية الجراحية مثلا .
وحيد الدين سوار /شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام/ج1/ مصادر الالتزام / 1980 ، 1981 / ص 398 .

2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني / ج1 / ص 674 .

3) محمود جمال الدين زكي / الوجيز في النظرية العامة للالتزامات/ المرجع السابق / ص 391 .

كذلك فقد رخص المشرع للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو التأخر في تنفيذ ما التزم به ، ويسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي[1]. وهذا الاتفاق يحدث غالبا أثناء التعاقد ، وقد يكون في اتفاق لاحق للعقد ، ويشترط أن يكون هناك ضرر قد أصاب الدائن نتيجة تأخر المدين أو عدم تنفيذه لالتزامه .

فاذا كان الأصل هو أن التعويض من اختصاص القاضي فان المشرع قد سمح لأطراف العقد تحديد التعويض ، وتقدير المبلغ الذي سيكون كتعويض اذا لم يتم تنفيذ الالتزام .

وفيما يتعلق بعقد البيع فقد سمح المشرع للبائع اذا ما كان المبيع مؤجلا أن يشترط دفع الثمن كله من طرف المشتري حتى تنتقل اليه الملكية ولو تم تسليم الشيء المبيع[2] .

وبخصوص عقد المقاولة ، فانه يجوز للمقاول أن يشترط بأن يقدم عمله فقط دون المادة الخاصة بالعمل ، ويجوز له كذلك أن يتعهد بتقديم العمل والمادة معا[3] .

وللمتعاقدين في عقد الوديعة أن يتفقا مسبقا على أن تكون الوديعة بأجر ، اذ الأصل أنها بدون أجر ، واشترط المشرع اذا ما اتفق الطرفان على أن تكون الوديعة بأجر أن يؤدي المودع الأجر وقت انتهاء الوديعة[4] .

---

1) وفي هذا تنص المادة 183 من القانون المدني الجزائري على مايلي: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ، وتطبق أحكام المواد 176 الى 181" .ونشير الى أن هذه المواد الأخيرة خاصة بالأحكام المتعلقة بالتنفيذ عن طريق التعويض (التنفيذ بمقابل) .

2) تقضي المادة 363 من القانون المدني الجزائري بما يلي " اذا كان ثمن المبيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع" .

3) اذ تنص المادة 550 من القانون المدني الجزائري على مايلي" يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب ، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها او يستعين بها في القيام بعمله ، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا".

4) تقضي المادة 596 من القانون المدني الجزائري بما يلي" الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر ، فاذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .

كذلك بالنسبة لعقد التأمين على الحياة ، فقد رخص المشرع للمتعاقدين الاتفاق على دفع مبلغ التأمين الى أشخاص معينين أو الى أشخاص يعينهم المؤمن له فيما بعد [1] .

وفيما يتعلق بالاتفاق المسبق على فسخ العقد دون اللجوء الى القضاء فقد أعطت المادة 120 من القانون المدني الجزائري للطرفين لمكانية الاتفاق على فسخ العقد بارادة أحد الطرفين المنفردة ، اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه دون اللجوء الى القضاء [2] .

1) وهذا ماتقرره المادة 630 من القانون المدني الجزائري " يجوز في التأمين على الحياة الاتفاق على أن يدفع مبلغ التأمين اما الى أشخاص معينين، واما الى أشخاص يعينهم المؤمن له فيما بعد " .

2) اذ تنص هذه المادة على مايلي " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة الى حكم قضائي ، وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين " .

الغمـوض ، ويجب بالتالي الأخذ بارادة المتعاقدين وبما اتجهت اليه .

وبهذا الشأن قررت محكمة النقض المصرية مايلي : " من المقرر ان العقد شريعة المتعاقدين وأنه اذا كانت عبارته واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها ، اذ يجب اعتبارها تعبيرا صادقا عن ارادتهما المشتركة ، وذلك رعاية لمبدأ سلطان الارادة وتحقيقا لاستقرار التعامل" [1] .

فليس للقاضي الموضوع أن يمتنع عن تطبيق شروط العقد اذا ماكانت واضحة لا تحتاج الى تأويل ، واذا ما حاولنا تأويلها كان الجزاء هو نقض الحكم .

فعلى القاضي اذن أن يلتزم بالارادة الحقيقية للمتعاقدين دون محاولة للانحراف عنها [2] ، اذا ماكانت هذه الارادة واضحة المقصود والمعنى ، اذ يجب الأخذ بما قررته ارادة المتعاقدين وليس له مخالفتها .

ولقد أسمى النص هذا العمل (انحرافا) والانحراف هنا هو تغيير طبيعة الشيء أو تجاهل المعنى الواضح والمحدد للتعبير من أجل أن يستند اليه معنى مغاير للمعنى الحقيقي [3] .

العقد والى العناصر الخارجة عنه والمرتبطة به .
أنظر في تفصيل ذلك :عبد الحكم فودة / تفسير العقد / الاسكندرية 1985 / ص 11 .
ويختلف التفسير عن التكييف في أن التفسير يراد منه معرفة قصد المتعاقدين من الألفاظ التي استعملاها وأساسه الواقع ، بينما التكييف هو وسيلة لمعرفة طبيعة العقد والقواعد التي تنطبق عليه .
عبد الحي حجازي/ النظرية العامة للالتزام / ج1 / مصادر الالتزام / القاهرة 1954 / ص142 .

1) نقض مدني ، جلسة 1979/12/27 ، الطعن رقم 497/ س 46 (غير منشور) أشار اليه ، عبد الودود يحي / الموجز في النظرية العامة للالتزامات/ مصادر الالتزام / القاهرة 1981 .

2) أنظر في هذا الشأن حكما لمحكمة النقض المصرية صادر في 1977/11/28 ، حيث قضت هذه المحكمة بمايلي : " متى كانت عبارة العقد واضحة في افادة المعنى المقصود منها فانه لايجوز اخضاعها لقواعد التفسير للوصول الى معنى آخر باعتباره هو مقصود المتعاقدين " . محكمة النقض المصرية جلسة نقض مدني 1977/11/28 . الطعن رقم 41 ، 85 س ، 43 ق . أشار اليه عبد الودود يحي / المرجع السابق .

3) عبد الحكم فودة / المرجع السابق / ص 436 .
ويرى أنه لا يتفق مع بعض الفقهاء فيما ذهبوا اليه من اعتبار الانحراف تفسيرا خاطئا وذلك لأن التفسير الخاطئ هو قضاء معيب ، ولا يعتبر من مسائل القانون على عكس الانحراف .

على أنه لا يكفي أن تكون عبارة العقد واضحة في ذاتها ، بل يجب أن تكون واضحة في مدلولها على نية صاحبها ، فلو جاء في عقد بيع أن الثمن مثلا هو عشرة آلاف دينار ، ثم جاء في موضع آخر ان الثمن هو سبعة آلاف دينار فالعبارتان واضحتان كل واحدة على حدة ، ولكن بتقريبهما يظهر غموض في الحقيقة المقصودة ، وفي هذه الحالة يحتاج الأمر الى تفسير لاستخلاص نية المتعاقدين .

المطلب الثاني : في حالة عدم وضوح العبارة .

قد تكون أحيانا عبارات العقد غير واضحة فيها بعض الغموض ، أو تحتمل أكثر من معنى ، فتكون في هذه الحالة بحاجة الى تفسير لمعرفة المقصود منها ، وفي هذا الشأن نجد الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني الجزائري تقرر مايلي : " أما اذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات " .

وحتى يكفل المشرع احترام ارادة المتعاقدين رأى أنه اذا ما غمضت عبارة العقد وأريد تفسيرها ، وجب على القاضي - وهو الذي يقوم بالتفسير - أن يبحث عن القصد الذي أراده المتعاقدان ، والقاضي وهو يبحث عن النية المشتركة يدخل في اعتباره مجموع وقائع العقد ، وكذا عباراته وشروطه وظروف ابرامه ، مع الاستعانة بما يجري به العرف وطبيعة التعامل وحسن النية.(1)

فعلى القاضي أن يستعين بالمعنى المستمد من عبارات العقد ، فاذا لم يتبين قصد المتعاقدين،له أن يلجأ الى عوامل ليفسر بها ماغمض في العقد .

---

1) وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأنه " لا يجوز للمحكمة وهي تعالج تفسير المحررات أن تعتد بما تفيده عبارة معينة من عبارات المحرر ، بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارة بأكملها وفي مجموعها " .
حكم محكمة النقض المصرية في 1966/3/10 . الطعن رقم 32/44 .

فلكل عقد أحكام تتفق مع طبيعته ، فيجب على القاضي أن يلجأ في تفسيره الى مايتلاءم وطبيعة العقد المراد تفسيره .

واذا كانت العبارة الواردة في العقد عامة فان هذه العبارة تتحدد بشروط العقد الأخرى التي تخصص عموميتها[1] .

ويعلق (ديمولومب Demolombe) على المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي الخاصة بتفسير العقد ، والتي توجب البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ فيرى أنه" يمكن أن نقول مع (مونتان Montaigne) بأن المادة 1156 هي قاعدة القواعد (la régle des régles) لأن الاتفاق اذا كان ناشئا من الطرفين ومن الارادة المشتركة لهما فمن الضروري أن يقوم على هذه الارادة المشتركة وما ترتبه من نتائج[2] " .

هذا واذا كانت شروط العقد مألوفة[3] جاز للقاضي أن يهمل هذه الشروط اذا ماكانت تتعارض مع النية المشتركة المستخلصة من العقد ذاته[4] .

---

1) ولقد قضي بأن الاتفاق على توريد كمية من بنزين المصنع دون تحديد ، فتحدد الكمية في هذه الحالة بمايلزم لتشغيل هذا المصنع. قضاء مختلط 1913/11/19 أشار اليه : أحمد شوقي محمد عبد الرحمن / قواعد تفسير العقد / جامعة المنصورة 1977 / ص 35 .

هذا وتوجد عوامل كثيرة يستعين بها القاضي في تفسيره من هذه العوامل ما هو داخلي ومنها ماهو خارجي . فمن العوامل الداخلية مثلا ، القاعدة التي تقرر بأن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم بها وكذلك اذا احتملت العبارة أكثر من معنى فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا قانونيا . ومن بين العوامل الخارجية العرف الجاري في المعاملات ، وكذا الطريقة التي ينفذ بها العقد .

2) أشار اليه عبد الوهاب العطافي / صور من طرق التعبير عن الارادة في القانون الانجليزي والتقنين المدني السوداني / مجلة القانون والاقتصاد / العدد الأول / السنة الرابعة والأربعون / 1974 / ص 117 .

3) وهي الشروط التي يشيع ورودها في العقود ذات الطبيعة الواحدة .

4) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن لقاضي الموضوع سلطة تفسير قائمة الشروط الخاصة بالاتفاق على بيع العقار الشائع ، حيث كان هناك تعارض بين نصين الأول يقرر اعادة البيع بالمزاد للعقار لأن الشروط الخاصة بالمزايدة غير متوافرة ، أما النص الثاني فانه يرى بأن رسو المزاد على أحد الملاك على الشيوع يحتوي على رضا جميع الملاك على الشيوع على كل واحد جزء من الثمن الذي رسا عليه المزاد .
وكانت محكمة الموضوع قد اعتبرت ان النص الأول يعد شرطا مألوفا ويفقد أثره بالنسبة

وإذا ماقام شك حول معرفة ارادة المتعاقدين فان المشرع رأى بأن الشك يفسر لصالح المدين كأصل عام، اذ تنص المادة 112 من القانون المدني الجزائري " يؤول الشك في مصلحة المدين ، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

فالشك يفسر لصالح المدين كقاعدة عامة ، وليس في هذا اخلال بمصلحة الطرف الآخر ذلك لأن تفسير الشك لمصلحة المدين تبرره عدة عوامل .

فالأصل براءة الذمة ، والالتزام هو الاستثناء ، وعلى الدائن يقع اثبات الالتزام ، وبهذا تقضي المادة 323 من القانون المدني الجزائري "على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه " .

فاذا ماقام شك في الالتزام من حيث مداه ، وعجز الدائن عن الاثبات ، فلاينبغي سوى الأخذ بمدى ضيق .

والدائن هو الذي يملي الالتزام فاذا كان ما أملاه مبهما كان الخطأ خطأه ، وبالتالي يفسر الالتزام لصالح المدين[1] .

وإذا ما استهدى القاضي بالعادة والعرف في تفسيره للعقد وجب الا يكون العقد قد اشتمل على مايتعارض مع حكم هذا العرف أو هذه العادة ، لأنه اذا كانت هناك عبارة واضحة في العقد وجب تطبيق ماجاء فيه دون محاولة لتفسيره ، والا يكون

= للشرط الثاني الذي يتعلق برسو المزاد .
حكم محكمة النقض الفرنسية في 1932/4/26 . أشار اليه Magdi Sobhy Khalil, le Dirigisme économique et les contrats, Paris, 1967.
أحمد شوقي محمد عبد الرحمن / المرجع السابق / ص 43 .

1) ويستثني النص (عقد الاذعان) حيث يفسر الشك لصالح الطرف المذعن ، مدينا كان أو دائنا ، وهذا حماية لهذا الطرف الضعيف في العقد .

القاضي قد أنشأ أحكاما ولم يقم بتفسير العقد[1] ، ولهذا يكون حكمه محل رقابة من المجلس الأعلى[2] .

1) هذا ونشير الى أنه أحيانا يذهب المشرع الى التقييد من دور القاضي في التفسير والزامه باتباع طريقة معينة في سبيل ذلك ، فتفسير الشك في عقود الاذعان يكون لصالح الطرف المذعن ، كما سبقت الاشارة الى ذلك .
وكذلك فقد جعل المشرع دور القاضي محدودا في تفسيره لعقد الصلح ، حيث قضت المادة 464 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا أيا كانت تلك المبارأت ، وأن التنازل لا يشمل الا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلا للنزاع الذي حسمه الصلح " .
ذلك لأن هذا العقد يحسم نزاعا معينا بين طرفين عن طريق نزول أحدهما عن جزء من ادعائه ، فوجب أن يكون تفسير هذا النزول ضيقا .
عبد الرزاق السنهوري /الوسيط في شرح القانون المدني/ج5/ص 568 .

2) وقد قرر المجلس الأعلى بأن " للمحاكم سلطة تفسير عقود واتفاقات الأطراف اذا ما تعلق الأمر بحقوق بها لبس وغموض، ولكنها لا تستطيع احلال تفسير خاص بها محل بنود واضحة وغير مبهمة " .
قرار المجلس الأعلى رقم 23713 . بتاريخ 1983/3/12 ، نشرة القضاة / وزارة العدل / جانفي 1986 / ص 63 .

الباب الثاني : القيود الواردة على سلطان الارادة في انشاء العقد .

سبقت الاشارة في الباب الأول الى مظاهر سلطان الارادة سواء كان ذلك في انشاء العقد أو في تنفيذه .

ونعرض في هذا الباب للقيود التي ترد على سلطان الارادة في انشاء العقد فتحد من دورها في ذلك .

على أن نبحث القيود الواردة على سلطان الارادة في تنفيذ العقد في المطلب الثالث حتى يبدو لنا من خلال ذلك مدى سلطان الارادة سواء أكان ذلك في انشائها للعقد ، أو في ترتيب آثاره وتنفيذه .

والقيود الواردة على سلطان الارادة في انشاء العقد اما قيود موضوعية أو شكلية تطلبها المشرع لتحدّ من دور الارادة في ذلك .

ولهذا قسمنا هذه القيود الى قيود موضوعية ، وأخرى شكلية ، نبحثهما في فصلين متتاليين .

الفصل الأول : القيود الموضوعية الواردة على سلطان الارادة في انشاء العقد .

أشرنا سابقا الى أن الشخص حر في الأصل في انشائه العقد ، وتبدو حريته في ذلك في اصدار ايجابه ، وقبوله وفي الاتفاقات والاشتراطات التي يعقدها ، وكذلك في التعاقد وعدمه واختيار المتعاقد الآخر .

لكن ترد على هذه الحرية قيود تحد من دور الارادة في هذا المجال ، وهذا مراعاة لمصلحة المجموع .

وسنعرض للقيود الموضوعية التي ترد على حرية اصدار الايجاب والقبول وكذا الاتفاقات والاشتراطات ، وهذا في مبحث أول ، على أن نتعرض للقيود الواردة على التعاقد وعدمه في مبحث ثان .

المبحث الأول : القيود الواردة على حرية الارادة في الايجاب والقبول والاتفاقات والاشتراطات التي يقوم بها الأشخاص

قد يجبر الشخص أحيانا على اصدار ايجابه والبقاء عليه ، وكذا قد يجبر على القبول في بعض الحالات ، وقد تقيد حرية الشخص في بعض الاتفاقات

والاشتراطات التي يقوم بها .

ولهذا سنتناول بالبحث وفي مطلب أول التقييد من حرية الارادة في اصدار الايجاب والقبول ، وفي مطلب ثان الحد من دور الارادة في بعض الاتفاقات والاشتراطات .

المطلب الأول : التقييد من حرية الارادة في اصدار الايجاب والقبول .

اذا كان الشخص حرا في اصدار ايجابه والعدول عنه مالم يكن مقترنا بميعاد ، فانه في حالات معينة قد يجبر على اصدار ايجابه أو البقاء عليه .

فهناك اجبار على الايجاب للمصالح التي يعد ايجابها دائما وموجها للجمهور ، فحيث يكون الأمر متعلقا بما هو من الأولويات يكون هناك ايجاب موجه للجمهور ، ويعتبر أصحاب هذا الايجاب في حالة احتكار ، سواء أكان هذا الاحتكار فعليا أو قانونيا ، فطبيب القرية ، والصيدلي ، والخباز ، وكل من يقوم باحتكار سلعة أو خدمة تكون ضرورية بالنسبة للمجتمع يكون في حالة ايجاب دائم ويكون ايجابه ملزما ، وبالتالي فتتقيد حريته ويكون ملزما بالبقاء على ايجابه والتعاقد اذا ماصادف هذا الايجاب قبولا من طرف شخص معين ، فهذا النوع من الايجاب هو اجباري بالنسبة لهذه الفئة ، ومن هنا فان رفض التعاقد يعد عملا غير مشروع[1] .

وكذلك فاذا كان للشخص الحق في أن يقبل أو يرفض العرض المقدم له ، فان حريته هذه ليست مطلقة .

فاذا كان هناك مايدعو الى الموافقة ، وامتنع الفرد عن القبول فانه يجبر على ذلك ، فلرب العمل أن يرفض أو يقبل من يريد تشغيله ، ولكن ليس له أن يرفض تشغيل عامل تتوافر فيه المواصفات والشروط بحجة أنه يمارس نشاطا نقابيا مثلا[2] .

واذا كانت هيئة تحتكر خدمة معينة فليس لها أن ترفض دائما ما وجه اليها من عرض من طرف من يريد التعاقد معها .

---

1) Jean luc Aubert, OP-CIT, P.(308) .

2) المادة الأولى من قانون العمل الفرنسي الصادر في 27 أفريل 1956 .

وهكذا فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها[1] ، بشأ احدى الشركات القائمة بادارة محل عام (Casino) في بلدة نيس ، والتي رأت بأن تستعمل حقها المطلق في رفض أو قبول من ترى من المترددين حسبما تشاء فقررت هذه المحكمة أنه لا أساس لذلك " لأن الامتياز الذي تختص به هذه الشركة (الاحتكار) اضافة الى عدم وجود محلات أخرى في المنطقة لا يعطيها الحرية الكاملة في رفض أو قبول من يريد ارتياد هذا المحل دون أن تكون هناك أسباب معقولة[2] " .

المطلب الثاني : الحد من دور الارادة في بعض الاتفاقات والاشتراطات.

اذا كان المشرع قد ترك للأشخاص الحرية في اتفاقاتهم واشتراطاتهم الا أنه قيد هذه الحرية أحيانا ، وذلك بالنص على عدم جواز بعض الاتفاقات أو بطلانها ، وهكذا نجد المشرع مثلا ذهب الى بطلان كل اتفاق يكون القصد منه الاعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب في عقد الايجار وذلك في حالة ما اذا لم يبين المؤجر غشا منه سبب هذا الضمان[3] .

فهذا الاتفاق لا يعد صحيحا ، وذلك كجزاء على غش المؤجر وسوء نيته ، بحيث كان يعلم هذا التعرض أو العيب ومع ذلك أخفاهما .

وفيما يتعلق بعقد الرهن الرسمي فقد قرر المشرع بطلان كل اتفاق يكون بموجبه للدائن اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه حين حلول الأجل أن يتملك العقار المرهون مقابل ثمن معين ، أو أن لا يتبع الاجراءات التي فرضها القانون في بيع العقار المرهون[4] .

---

1) حكم محكمة النقض الفرنسية في سنة 1896 .

2) كما قضت محكمة (جرونوبل) في حكم لها في 16/1/1913 بالتعويض على صاحب العمل الذي اشترط لكي يستعمل عاملا لديه أن يمتنع عن أخذ مرتب معاشر من شخص آخر ، وكان الدافع الى ذلك مجرد المضايقة .

3) اذ تنص المادة 490 من القانون المدني الجزائري " يبطل كل اتفاق يتضمن الاعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض أو العيب ، اذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان " .

4) اذ تنص المادة 903 من القانون المدني الجزائري على أنه " يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة للاجراءات التي فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن " .

فمثل هذا الاتفاق لا يعد صحيحا ، ولو قام به الطرفان بارادتيهما ، حيث تتقيد ارادتاهما في هذه الحالة بما فرضه المشرع .

وبالنسبة للشروط فقد رأى المشرع بطلانها أحيانا ، حينما يكون هناك داع لذلك ، بسبب طبيعة هذه الشروط أو مخالفتها للقانون ، أو يكون فيها اضرارا بأحد الطرفين .

من ذلك مانص عليه المشرع من بطلان كل شرط في عقد العمل يكون ضارا بالعامل ، مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية [1] .

وكذلك الشأن بخصوص ضمان المقاول والمهندس المعماري ، فان كل شرط يعفيهما من الضمان أو يحد منه يعد باطلا [2] .

وفي تبرير ذلك يرى بعض الفقهاء أن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية في أعمال البناء بينما المقاول والمهندس هما من ذي الخبرة ، وهما الجانب الأقوى في العقد [3] .

هذا الى جانب أن الشخص أحيانا لا يكون حرا في مناقشة شروط العقد وبنوده ، ويحدث هذا عادة في عقود الاذعان ، حيث يكون للجهة المراد التعاقد معها صفة الاحتكار [4] . فتملي شروطها على الطرف الضعيف الذي ليس له سوى الرضوخ والدخول في العلاقة التعاقدية أو رفض ذلك [5] .

---

1) اذ قضت المادة 8 من الأمر رقم 75/31 المؤرخ في 29/4/1975 المتعلق بتحديد الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص بمايلي " يعد باطلا وعديم الأثر كل شرط يدرج في عقد العمل ويخالف في اتجاه مضر للعامل الأحكام التشريعية والتنظيمية ، وكذلك الاتفاقات الجماعية الجاري بها العمل " .

2) اذ تنص المادة 556 من القانون المدني الجزائري على مايلي " يكون باطلا كل شرط يقصد به اعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه " .

3) أنظر عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني / ج7 / المجلد الأول / المقاولة والوكالة ، والوديعة ، والحراسة / ص 140 .

4) كالمرافق التي تؤدي للجمهور خدمة أو سلعة معينة (كمصالح توزيع الكهرباء والغاز والماء وكذا مصالح التأمين ، والنقل .

5) وتتميز عقود الاذعان بالخصائص التالية :

أ — أن تكون متعلقة بسلعة أو مرافق ضرورية بالنسبة للمستهلكين .

ب — أن تكون الشروط موجهة للجمهور (شروط متشابهة ولمدة محدودة) .

ج — أن تكون هناك جهة محتكرة لهذه السلعة احتكارا فعليا أو قانونيا .

هذا وقد ثار خلاف فقهي حول طبيعة هذه العقود ، فهناك من الفقهاء من يرى بأنها مركز قانوني منظم ، وينكر عليها صفة العقود . وذلك لأن المتعاقدين ليسا في مركز متساو يسمح ==

ولقد راعى المشرع وضع هذا الطرف الضعيف ، وذهب الى حمايته فاذا ماكان في هذه الشروط تعسف أجاز المشرع للقاضي أن يعدلها أو يعفي الطرف المذعن منها[1] . وكذلك اذا كان هناك شك فيفسر لصالح الطرف المذعن[2] .

= لكل منها بمناقشة بنود العقد بل هناك طرف قوي يملي شروطه ، وطرف آخر ضعيف ليس له سوى تقبل هذه الشروط أو رفضها دون مناقشة (من هؤلاء الفقهاء (سالي وهوريو) وكذلك (ديموج) . أما الفريق الثاني ، وهو الجانب الأعظم من فقهاء القانون المدني فيرى أن عقود الاذعان هي عقود حقيقية ، ذلك لأن الكثير من العقود لا يتساوى فيها الطرفان ، اضافة الى أن هناك حماية للطرف الضعيف في مثل هذه العقود ، ويبدو أن هذا الرأي هو الأسلم .

1) أنظر المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تنص على مايلي " اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" .

2) حيث قضت الفقرة الثانية من المادة 112 بما يلي " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " .

المبحث الثاني : القيود الواردة على حرية التعاقد وعدمه .

اذا كان الأصل هو أن الشخص حر في أن يتعاقد متى شاء ، ومع من أراد وكذلك له أن يمتنع عن التعاقد ، الا أن المشرع أحيانا قد يجبر الشخص على الدخول في علاقة تعاقدية ولو لم يرد ذلك ، وهذا مراعاة لمصلحة المجموع .

وكذلك فقد يمنع أحيانا من التعاقد لأسباب تكون ضرورية لمنعه من ذلك فتحد بالتالي ارادته في التعاقد وعدمه .

ولهذا سنعرض وفي مطلب أول للاجبار على التعاقد ، والذي يحد من حرية الارادة في عدم التعاقد وهذا في مطلب أول ، ونعدها للمنع من التعاقد كقيد على حرية التعاقد في مطلب ثان .

المطلب الأول : الاجبار على التعاقد كقيد على حرية الارادة في عدم التعاقد .

قد يجبر الشخص أحيانا على التعاقد ، لضرورات تستوجب ذلك ، وفي ذلك ضغط على الارادة ، ولكنه ضغط مشروع لا يؤثر على صحتها .

وعند البعض فان الشخص اذا امتثل للتعاقد الجبري تجنبا للعقاب فانه يكون قد أبرم العقد باختياره رغم أن حريته في الاختيار كانت مقيدة[1] .

ويبدو أن هذا الرأي محل نظر ، ذلك لأن الشخص في هذه الحالة يكون مجبرا على التعاقد لا مختارا ، وهذا لضرورات يقدرها المشرع وتعتمد على التوازن بين المصالح المتعارضة ، مصلحة الشخص في عدم التعاقد ، ومصلحة الجميع في التعاقد ، فتغليب مصلحة المجموع ، وذلك بالحد من حرية في التعاقد أو عدمه ويكون الشخص مجبرا على التعاقد وليس مختارا ، وتبقى مع ذلك العلاقة تعاقدية .

فالالتجاء الى فرض الالتزام بالتعاقد يعد أداة حتمية في ظل وضع اجتماعي يبدو فيه الالتزام الذي قبله الفرد بارادته خير أساس للنظام القانوني[2] .

1) (هال) المساومة والحرية الاقتصادية / بحث في مجلة كولومبيا القانونية / 1943 / ص 606 . أشار اليه : جلال علي العدوى / الاجبار القانوني على المعارضة / رسالة دكتوراه الاسكندرية 1965 / ص 175 .

2) جلال علي العدوى / المرجع السابق / ص 143 .

وهناك من رأى ضرورة اطلاق دور الارادة في التعاقد واعطائها الحرية المطلقة في ذلك ، فالقانون يرخص بهذه الحرية لعدة أسباب ، والتعاقد يعد دليلا ووسيلة لاثبات الحقوق ، ولا توجد وسيلة لتدعيم فكرة العدل ، حسب رأي هؤلاء أفضل من أن يكون جميع ذوي الشأن قد ارتضوا العلاقات التعاقدية بحرية وبعلم تام ، [illegible] لأن الأفراد خير قضاة على مصالحهم الخاصة[1] .

والظاهر ان هذا الرأي يغالي في الاعتداد بالارادة الفردية وحريتها واذا كان الأشخاص أفضل من يحكم على مصالحهم الخاصة ، فهذا مايدعو الى تقييد اراداتهم وليس الى اطلاقها ، نظرا لأن تعارض المصالح سيؤدي بأصحابها الى المحافظة عليها على حساب مصالح أخرى ، وهذا مايقتضي تدخل المشرع للحد من هذه الحرية لفائدة الجميع .

ولهذا رأى المشرع ضرورة التدخل أحيانا لاجبار الأشخاص على التعاقد ولا يمكن لهم الامتناع عن ذلك ، والا ترتب [illegible] جزاء مدني أوجنائي على الشخص الممتنع .

ويتمثل الجزاء المدني في امكانية الحكم بانعقاد العقد بالرغم من ارادة الشخص الممتنع على سبيل التعويض[2] . اضافة الى الجزاء الجنائي الذي يتعرض له الممتنع في هذه الحالة ، ويتمثل في عقوبة توقع على الممتنع عن التعاقد .

وفي رأي (مازو Mazeaud) فان الحرية المطلقة في عدم التعاقد تعود الى عهد الفردية الذي بدأ يخبو ، وان امكانية التعاقد التي بقيت مستمرة ،ماهي الا مسألة نظرية[3] .

---

1) (سالموند Salmonde) أشار اليه : عثمان سعيد عثمان / استعمال الحق كسبب للاباحة / القاهرة 1968 / ص 196 .

2) ويرى الاستاذ حبيب ابراهيم الخليلي في هذا الشأن بأننا لانكون أمام عقد حقيقي في هذه الحالة لأن التعبير عن الارادة لم يصدر من هذا الشخص مختارا ، وانما نكون بصدد (عقد اعتباري)انعقد حكما لا حقيقية ويتم تنفيذه تعويضا عينيا .
حبيب ابراهيم الخليلي/مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي / ديوان المطبوعات الجامعية / الجزائر 1979 / ص 210 .

3) Mazeaud, leçon de Droit Français, PARIS 1956.

ومن بين الحالات التي يجبر فيها الأشخاص على التعاقد ، حالة الالتزام بالبيع بالنسبة للسلع المسعّرة ، كالمواد التموينية الأساسية ، ويعتبر الامتناع عن التعاقد في هذه الحالة جريمة يعاقب عليها القانون .

وهكذا فقد نصت المادة 16 من الأمر المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار[1] على مايلي: " يعد بمثابة تطبيق سعر غير مشروع اقدام كل تاجر أو صاحب صناعة تقليدية :

أ - على الاحتفاظ بالمنتجات المخصصة للبيع، وذلك برفضه طلبات أداء الخدمات التي قد تتوفر في حدود امكانياته اذا كانت تلك الطلبات لا تكتسي طابعا غير عادي ، وكان بيع المنتجات أو أداء الخدمات غير ممنوع بموجب تنظيم خاص أو خاضعا لشروط غير مستوفاة .

ب - مع مراعاة عدم الخضوع لتنظيم خاص على قصر البيع لبعض المنتجات أو أداء بعض الخدمات خلال ساعات من اليوم بينما تكون المؤسسات أو المخازن المعنية مفتوحة لبيع المنتجات الأخرى أو أداء الخدمات الأخرى " .

وهكذا يذهب المشرع الى تجريم الرفض المطلق للبيع ، اذا كان في استطاعة هذا البائع أن يلبي الطلبات المعقولة التي يتقدم بها من يريد التعاقد ، ويعطي لهذا الامتناع حكم البيع بسعر غير مشروع .

---

1) الأمر رقم 75- 37 المؤرخ في 29 أفريل 1975 المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار / الجريدة الرسمية العدد 28 / بتاريخ 13 ماي 1975 .
وفي القانون الفرنسي نجد المادة 37 من الأمر رقم 45- 1483 لـ 30 جوان 1945 ذهبت الى عدم جواز رفض كل منتج أو تاجر أو صانع أو حرفي لطلبات المشتري ، اذا ما كانت هذه الطلبات معقولة وبحسن نية ، واذا ماكان الشئ المعروض للبيع لا يحرمه القانون .
ثم صدر في سنة 1972 قانون رقم [illegible] 546 [illegible] (في 1972/7/1)، يعاقب في مادته السابعة بالحبس لمدة شهرين أو سنة ، وبغرامة قدرها 2000 أو 10 000 فرنك فرنسي أو باحدى هاتين العقوبتين كل من يرفض البيع .
وفي مصر ذهب القانون رقم 163 لسنة 1950 المتعلق بتقدير الأسعار ، الى تشبيه رفض التاجر لبيع بضائعه بالأسعار غير المشروعة المادة 9 ، وكذلك نص على أن التجريم لا يكون فقط بالنسبة للامتناع المجرد عن البيع بل أيضا في رفض البيع بالشروط الملائمة للاستعمال التجاري .

فرفض البيع يعرقل النشاط الاقتصادي ، ولهذا فان المشرع لا يسمح به.[1]

ولم يحرم المشرع الامتناع المطلق عن البيع فحسب ، بل جعل من الامتناع عن بيع أنواع من المنتجات أو البيع لمدة زمنية محددة أمرا محظورا ، كما منع اشتراط بيع أنواع من المنتجات لشراء نوع آخر . اذ قضت الفقرة الرابعة من المادة 16 السالفة الذكر بما يلي " مع مراعاة عدم الخضوع لتنظيم خاص على جعل البيع لمنتوج أو أداء خدمة ما ، رهينا بالشراء بنفس الوقت اما لمنتجات أخرى ، اما لكمية مفروضة ، واما لأداء خدمة أخرى ".

واعتبر المشرع أن التوقف عن ممارسة النشاط التجاري أو الصناعي أو المهني اذا كان الهدف من ذلك تعطيل تنظيم الأسعار أمرا ممنوعا ، اذ نصت الفقرة السادسة من المادة السابقة على مايلي: " على التوقف عن ممارسة نشاطه التجاري أو الصناعي أو المهني سواء بمفرده أو بالتحالف مع غيره ، وذلك بقصد تعطيل الأسعار " .

وكجزاء على رفض البيع والامتناع عن التعاقد ، فقد أعطت المادة 45 من الأمر المشار اليه سابقا[2] ، سلطات للوالي يجوز له بمقتضاها الأمر باغلاق المخازن (المحال) التي يمتنع أصحابها عن البيع ، اذ نصت هذه المادة على مايلي : " يجوز للوالي أن يأمر باغلاق المخازن أو المكاتب أو المشاغل أو المعامل لمدة لا تتجاوز شهرا واحدا اذا وقعت مخالفة لأحكام هذا الأمر ، وذلك بموجب قرار صادر بناء على اقتراح مدير الولاية للتجارة والأسعار والنقل" .

ويجوز للوالي كذلك أن يأمر بالصاق القرارات المتعلقة بالاغلاق أو بنشرها في الصحافة ، حتى تكون لذلك الجزاء فعاليته لدى الشخص الممتنع اذ تنص المادة 47 من الأمر السابق على أنه " يجوز للوالي أن يأمر بلصق القرارات المتضمنة اغلاق المخازن أو المكاتب أو المشاغل أو المعامل العائدة لمرتكب المخالفة أو المؤسسة ونشرها كذلك في الصحافة " .

---

1) Maghdi Sobhy Khalil, le dirigisme économique et les con trats, Etude Comparée France, Egypte, U.R.S.S PARIS 1967.

2) الأمر رقم 75-37 المؤرخ في 29 أفريل 1975 المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار .

اضافة الى ذلك يجوز للمحكمة أن تحكم بالاغلاق لمدة لا تتجاوز سنة واحدة لمخازن المحكوم عليه أو مكاتبه أو معامله " .

وهكذا فقد جرم المشرع الامتناع عن البيع ، وفرض جزاءات على من يمتنع عن التعاقد في هذا الشأن[1].

ومن الحالات التي يفرض فيها التعاقد أيضا ، حالة التأمين الاجباري وخاصة على السيارات[2] ، وكذا التأمينات الاجتماعية على العمال ، وأيضا الاجبار في حالة ايجار المساكن[3] .

وقد يجبر القانون الشخص أحيانا على التعاقد مع أشخاص معينين دون أن تكون له الحرية في اختيار المتعاقد الآخر .

---

1) وقد ذهب القانون الفرنسي في تشريع الأثمان الفرنسي وفي المادة 9 من هذا التشريع والتي أضيفت بمرسوم 9 اغسطس 1953 ، الى النهي عن أي فعل جماعي يقصد منه أو يترتب عليه تقييد المنافسة على نحو يعوق انخفاض الاسعار أو يؤدي الى ارتفاعها ارتفاعا مصطنعا ، الا اذا كان من شأن ذلك الفعل تحسين أو تصريف الانتاج ، أو ضمان التقدم الاقتصادي عن طريق التخصص .
هذا وقد رأى القضاء الفرنسي عدم مشروعية الاتفاق الذي عقدته طائفة من أصحاب المخابز ببيع الخبز داخل المخابز فقط ، وعدم بيعه لمن يعيد البيع بدون ربح له ، وذلك لمخالفة هذا الاتفاق لمبدأ حرية التجارة والصناعة .
استئناف شامبيري في 26 / 5 / 1953 . أشار اليه جلال علي العدوي / المرجع السابق / ص 491 .
وبالنسبة للقضاء المصري فقد قررت محكمة النقض المصرية في هذا المجال مايلي : " متى كانت السلعة محددة السعر وعرض المشتري الثمن على البائع وجب على هذا الأخير أن يبيعها ولا يباح للبائع أن يتحلل في الامتناع عن البيع بأية علة ، ثم يقول بأن هذه العلة هي سبب امتناعه ، ذلك ان القانون أراد أن يخرج على الأصل في حرية التجارة لتدبير وسائل العيش الضرورية للناس فحدد أثمان بعض الحاجيات ، وأرغم التجار أن يبيعوها بهذا السعر " .
نقض جنائي 23 / 2 / 1948 / جلال علي العدوي / المرجع السابق / ص 493 .

2) الأمر رقم 74 - 15 المؤرخ في 30 / 1 / 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار . حيث قررت الفقرة الثانية من المادة الأولى منه مايلي : كل مالك مركبة ملزم بالاكتتاب في عقد يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير وذلك قبل اطلاقها للسير " .
وفي فرنسا القانون 27 / 2 / 1958 والذي دخل حيز التنفيذ في 1 / 4 / 1959 ، والخاص بالتأمين الاجباري للسيارات ذات محرك (وقد أنشئ مكتب خاص لوضع شروط عقد التأمين) .
وفي مصر القانون رقم 652 لسنة 1955 ، الخاص بالتأمين الاجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات .

3) حيث قررت المادة 54 من قانون ايجار المساكن الفرنسي الصادر في 1 / 12 / 1948 جزاء جنائيا يوقع على مالك المنزل الذي يمتنع عن التأجير لطالب المسكن بحجة كثرة أولاده .

نسفذوو الاحتكار يجبرون على التعاقد ومع أي شخص يتقدم بغية ابرام العقد ، وحتى بالنسبة لمن لا يحوزون احتكارا معينا فقد يلزمون أحيانا بالتعاقد دون أن يكون لديهم الحرية في اختيار من يتعاقدون معه .

فالشخص يجبر على التعاقد مع من خوله القانون حق الشفعة مثلا ، ويلتزم بالبيع لمن أعطاهم المشرع هذا الحق دون غيرهم (1) .

والمؤجر يلتزم بالتعاقد مع من يعطيهم القانون حق البقاء في الأماكن المعدة للسكن أو المهن المنتفع بها عن طريق الايجار (2) . وكذلك الشأن بالنسبة لقبول تجديد بعض العقود ، كعقد الوديعة (3) .

المطلب الثاني : المنع من التعاقد كقيد على حرية الارادة في التعاقد .

اذا كان القانون يجبر المتعاقد أحيانا على التعاقد فانه في حالات يمنعه من ذلك ، فيقيد ارادته في ذلك ، وهذا اما نظرا لخطورة محل العقد أو لأسباب يراها المشرع ذات أهمية كبيرة ، وبالتالي فلا يسمح بالتعاقد في هذه الحالة .

وهكذا يمنع الأشخاص من كل التصرفات التي تتعلق ببيع واقتناء وحيازة العتاد الحربي وهذا بموجب المادة الأولى من المرسوم المتعلق بقمع الجرائم

---

1) وقد نصت المادة 795 من القانون المدني الجزائري على ذلك بما يلي: " يثبت حق الشفعة مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية :
— لمالك الرقبة اذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة .
— للشريك في الشيوع اذا بيع جزء من العقار المشاع الى أجنبي .
— لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها " .

2) أنظر المادة 514 ومابعدها من القانون المدني الجزائري .
هذا ويعطي المشرع الفرنسي كذلك للمستأجر حق البقاء في المكان المؤجر ، ويلتزم المؤجر بأن يبقيه في العين المؤجرة ، اذا كانت ظروفه تعطيه أولوية البقاء في ذلك المكان (كأن يكون له عدد من الأولاد يسمح له بالبقاء) . وكجزاء على عدم ابقائه يلتزم المؤجر بالايجار له لمدة ثلاث سنوات / المادة 54 من قانون 1948/9/1 الخاص بالايجار .

3) وقد قضت محكمة (السين Seinne) في 1965/11/19 بالزام المودع لديه بقبول تجديد عقد الوديعة مع شخص المودع ، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن شخصا كان يودع سيارته لدى شخص آخر (مودع لديه) في مستودعه ، فرفض هذا الأخير تجديد الوديعة بحجة أن هناك شخصا آخر تاجر سيارات يبحث عن مكان ليضع فيه سياراته (ذات النوع الخاص) فحكمت محكمة السين بعدم صحة السبب ورأت أن ذلك لا يشكل مبررا لتصرف المودع لديه السيء النية .

المرتكبة ضد التشريع المتعلق باكتساب وحيازة وصنع الأسلحة والذخائر والمتفجرات[1]، حيث قضت هذه المادة بما يلي : " يحظر في مجموع التراب الوطني بيع واقتناء وحيازة وصنع العتاد الحربي والأسلحة والذخيرة والمتفجرات " .

وفيما يتعلق بالتجارة الخارجية ، فلم يعد للأشخاص الحرية في ابرام التصرفات المتعلقة بهذه التجارة التي أصبحت من مهام الدولة ، وذلك لما لهذا الموضوع من أهمية تتعلق بالاقتصاد الوطني ، ولهذا كان من اللازم تدخل الدولة لتنظيمه والتحكم فيه .

وفعلا فقد صدر القانون المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية[2] الذي يهدف الى ممارسة الدولة وحدها لاحتكار عمليات استيراد وتصدير المواد واللوازم والخدمات بمختلف أنواعها . هذا القانون الذي استوحى أهدافه من الميثاق الوطني والدستور . فقد جاء في الميثاق الوطني السابق[3] ، بهذا الشأن مايلي : " ان تأميم التجارة الخارجية وتجارة

1) المرسوم رقم 63- 85 المؤرخ في 16 مارس 1963 المتعلق بقمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق باكتساب وحيازة وصنع الأسلحة والذخائر والمتفجرات .

2) القانون رقم 78- 02 الصادر في 1978/2/11 والمتضمن احتكار الدولة للتجارة الخارجية . هذا ونشير الى أن الأمر رقم 74- 12 الصادر في 1974/1/30 كان قد حدد الاطار القانوني لتجارة الاستيراد ، وبذلك كان يتم جلب البضائع الى التراب الوطني رهن أحد الأوضاع الآتية :
— وضع المواد المستوردة في اطار رخصة اجمالية ممنوحة لصالح مؤسسة عمومية (المواد المحتكرة على الخصوص) .
— وضع البضائع الخاصة لتعيين الحصص التي تستورد حسب الشروط المنصوص عليها في المرسوم رقم 63 - 88 الصادر بتاريخ 1963/5/16 المتعلق بنظام الرخصة الممنوحة لغير المستفيدين من الرخصة الاجمالية للاستيراد .
— وضع السلع التي لا تخضع لأي حصر والتي تستورد بحرية .
وقد أنهي العمل بهذا القانون بتاريخ 1977/11/5 . زيادة على ذلك فانه يمنع التعامل في البضائع المنتجة في البلدان المحظورة التعامل التجاري معها والواردة منها ، وكذلك تلك التي عينت في قرارات الحظر التي اتخذتها وزارة التجارة وخاصة منها القرار الصادر بتاريخ 1975/5/20 .

3) الميثاق الوطني لعام 1976 (الأمر رقم 76- 57 المؤرخ في 1976/7/5 المتضمن نشر الميثاق الوطني / ص 99 .

الجملة شرط لابد منه لتحقيق استراتيجية الاقتصاد ، ... ان سيطرة الدولة على التجارة الخارجية وتجارة الجملة لازمة وحتمية لتأميم النظام الانتاجي ، وتبني سياسة قائمة على الاشتراكية " .

وورد في الميثاق الجديد[1] ، " ان احتكار الدولة للتجارة الخارجية يشكل مكسبا ثمينا لدعم نشاطها في ميدان المبادلات الخارجية وتوجيهها حسب ماتمليه المصلحة الوطنية " . وكذلك نص الدستور في مادته 14 على ضرورة احتكار الدولة للتجارة الخارجية بما يلي : " يشمل احتكار الدولة بصفة لارجعة فيها التجارة الخارجية ، وتجارة الجملة ، ويمارس هذا الاحتكار في اطار القانون" .

وهكذا تحدّ حرية الأفراد في التعاقد ، والقيام ببعض التصرفات وهذا حماية لمصلحة الجماعة .

1) مرسوم رقم 86-22 مؤرخ في 9 فبراير 1986 المتعلق بنشر الميثاق الوطني لعام 1986 / الجريدة الرسمية / العدد السابع / السنة الثالثة والعشرون / 1986/2/16 ص 215 .

الفصل الثاني : القيود الشكلية التي ترد على سلطان الارادة في انشاء العقد .

بعد أن أشرنا الى القيود الموضوعية الواردة على انشاء العقد ، نتناول بالبحث في هذا الفصل القيود الشكلية التي تحد من ارادة المتعاقدين أثناء انشاء العقد .

فاذا كان الأصل هو مبدأ الرضائية بحيث اذا ما تم الاتفاق بين الأطراف انعقد العقد بدون حاجة الى شكل معين ، الا أنه في بعض الأحيان يكون الأشخاص أمام شكلية معينة يشترطها المشرع ويرى توافرها أمرا لازما لقيام العقد ، وبالتالي تجب مراعاتها .

ولقد كانت التصرفات في القديم لا تستمد قوتها من الارادة بل من الشكل أما في العصر الحديث فلم تعد الشكلية بذات الاطلاق الذي كانت عليه قديما .

فالقوانين الحديثة أعطت للارادة دورها في انشاء وتنفيذ التصرفات القانونية في حدود معينة ، الى جانب ذلك أوردت الشكلية كاستثناء على هذا الأصل .

ويبدو الاختلاف بين وظيفة الشكل قديما وحديثا بالنظر الى الدوافع والوظائف التي يؤديها الشكل حديثا .

فلم يعد الشكل تلك الطقوس المعقدة التي لاغنى عنها لقيام التصرفات التي لا تكفي الارادة وحدها لانشائها ، فالشكلية في العصر الحديث أصبحت شكلية ذات هدف[1] ، وأصبحت مبرراتها تستوجب وجودها ، فقد تشترط الشكلية اما للتنبيه من خطورة التصرف الذي سيقدم عليه الشخص ، مما يؤدي الى ضرورة التروي والتفكير والحيطة عند اقدام الأشخاص على التعاقد . أو لغرض اعلام الغير ، فالتصرف أحيانا قد يمس الغير ومصالحه ، فكان لابد من اعلامهم بما اتفق عليه المتعاقدان باتباع اجراءات معينة لذلك .

وقد تكون الشكلية لفائدة الدولة ، كالشكلية المتعلقة بتسجيل العقود وتوثيقها أو شهرها مقابل رسوم وضرائب تعود الى الخزينة العامة للدولة .

---

1) أنظر محمود أبو عافية / التصرف القانوني المجرد / رسالة دكتوراه / القاهرة 1947 / ص54 .

وتكون هو قيد على حرية الأشخاص في اجرائهم للتصرفات القانونية ، وهذا مايعتبر أمرا ضروريا تقتضيه مصلحة المجموع .

ويرى محمود أبوعافية أن " الشكل في القانون الحديث لا يزيد عن كونه أداة للتعبير عن الارادة دون أن يغتصب دورها في تكوين التصرف لا كليا ولا جزئيا[1] " .

والواقع أنه اذا كان الشكل في العصر الحديث ليس ذلك الشكل المجرد الذي كان موجودا قديما ، فان هذا الشكل قد يؤثر أحيانا على الارادة ولا يكون لهذه الأخيرة أي دور اذا لم يفرغ التصرف في شكل معين اذا ما اشترط الشكل للانعقاد ، فلا يقوم التصرف صحيحا اذا لم يراع الشكل المطلوب في هذه الحالة بالرغم من وجود الارادة .

ويشير محمود أبوعافية كذلك الى أن العنصر الجوهري للتصرف في العصر الحديث هو دوما الارادة ، حتى ولو خضعت لشكل جزاؤه البطلان ، فتخلف الشكل لديه ليس معناه تخلف التصرف الا في معنى أن صحة اعلان الارادة قد عيبت وعليه فان الشكل لا يجور على دور الارادة فهو تأكيد لها ، وعلى جدية اتجاهها لاحداث أثر قانوني .

ويبدو أن هناك مبالغة فيما ذهب اليه محمود بوعافية من اعتداد كبير بدور الارادة ، واعتباره الشكل تأكيدا للارادة أكثر مما هو قيد عليها ، ذلك لأنه أحيانا ولمقتضيات الضرورة يفرض المشرع شكلا معينا يجب أن يتم وفقا له التصرف ، ولا تكفي الارادة وحدها لقيامه وترتيب آثاره ، ولا يعد هذا الشكل المطلوب تأكيدا لها بقدر ماهو قيد عليها وحدّ من دورها في ذلك .

فاذا ما اشترط المشرع اتباع شكلية معينة لتصرف ما وجب اتباع تلك الشكلية ، واذا ما تخلفت كان الجزاء باختلاف ما اذا كانت تلك الشكلية متطلبة للانعقاد أو لم تكن كذلك . ولهذا سنتعرض للشكلية المتطلبة لانعقاد العقد ثم للشكلية غير المتطلبة لذلك ، ولبعض الشكليات والاجراءات الأخرى التي يشترطها المشرع ، والتي تعد كلها قيودا ترد على حرية الارادة في انشاء العقد .

1) محمد أبوعافية / المرجع السابق / ص 73 .

المبحث الأول : الشكلية المتطلبة للانعقاد كقيد على حرية الارادة في انشاء العقد .

يشترط المشرع أحيانا شكلية يراها لازمة لقيام العقد ، ويرتب البطلان على عدم توافرها ، ولهذا يجب على المتعاقدين مراعاتها حتى يقوم العقد صحيحا .

فقد يرى المشرع ضرورة توثيق العقد حتى ينشأ صحيحا منتجا لآثاره أو يستوجب الكتابة كشكلية للانعقاد لا يقوم العقد بدونها، ولا يشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية .

المطلب الأول : التوثيق كشكلية وارادة على ابرام العقد :

لا تكفي الارادة أحيانا لانشاء العقد بل لابد من شكلية يرى المشرع أن يتم العقد وفقا لها ، ومن هذه الشكلية ضرورة توثيق بعض العقود . فطبقا للمادة 12 من قانون التوثيق (1) ، فانه يشترط توثيق بعض التصرفات تحت طائلة البطلان ، حيث قضت هذه المادة بمايلي : " زيادة على العقود التي يأمر القانون باخضاعها الى شكل رسمي ، فان العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو فرع منها ، أو عقود ايجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية ، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي، مع دفع الثمن الى الموثق" .

فلقد اشترطت هذه المادة التوثيق واعتبرته ركنا لقيام العقود التي ذكرتها ، بحيث اذا لم يتم توثيقها اعتبرت باطلة بطلانا مطلقا ، ولعل في هذا قيدا كبيرا على حرية الارادة في انشاء العقود السابقة

هذا وقد ذهب القضاء الجزائري الى التأكيد على ضرورة توافر هذه الشكلية في العقود اذا كانت متطلبة لقيامها ، والى ترتيب البطلان على العقود التي لم تراع فيها هذه الشكلية .

وهكذا حث المجلس الأعلى قضاة الموضوع على ضرورة التأكد من توافر الشكلية المتطلبة للانعقاد ، حيث ذكر في قرار له أنه " على القضاة أن يحترموا

1) الأمر رقم 70- 91 الصادر في 1970/12/15 المتضمن تنظيم التوثيق .

مقاصد المشرع في الزامية المتعاقدين بالقيام باجراءات معينة محافظة اما على حقوق الغير أو على حقوق الخزينة العامة[1].

ورأى المجلس أيضا في قرار آخر له أن البطلان الذي تنص عليه المادة 12 من قانون التوثيق مطلق ، ولا يقبل الاجازة طبقا للمادة 102 من القانون المدني الجزائري[2] ".

وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن السيد (بختي العوفي) طعن بطريق النقض في قرار أصدره مجلس تلمسان في 27 أفريل 1980 قضى بالموافقة على حكم أصدرته محكمة بني صاف في 6 جويلية 1977 ، قضت فيه بصحة البيع المبرم في 20 أوت 1976 .

فاعتبر المجلس الأعلى أن القرار الصادر من مجلس تلمسان بصحة بيع عقار لم يستوف الشكل الذي فرضه القانون ، وخاصة المادة 12 من قانون التوثيق يستوجب النقض بدون حاجة لبحث باقي الأسباب .

وقرر المجلس الأعلى أنه اذا اتفق الأطراف على الشيء المبيع والثمن ثم توجهوا الى الموثق وأصدروا أمامه على اتفاقهم ودفع الثمن الى الغير على يد الموثق فان الشروط التي فرضتها المادة 12 من قانون التوثيق تكون متوافرة[3].

واعتبر المجلس في قرار آخر له أن المحل التجاري الذي لا يتم توثيقه طبقا للمادة 12 من قانون التوثيق يعد باطلا فقرر أنه " وفقا لنص المادة 12 من الأمر رقم 70- 91 الصادر في 15 ديسمبر 1970 فان ايجار المحلات التجارية يتعين تحديده في شكلية رسمية والا تعرض لطائلة البطلان[4]".

ولا يشترط القانون هذه الشكلية (التوثيق) في العقد فحسب بل أيضا في الوعد بالتعاقد . وفي هذا الشأن تنص المادة 71 من القانون المدني الجزائري

---

1) قرار المجلس الأعلى رقم 77- 12 الصادر في 29 ماي 1976 .

2) قرار المجلس الأعلى رقم 699 25 الصادر بتاريخ 7 جويلية 1982 .

3) قرار المجلس الأعلى الصادر في 22 جوان 1977 .

4) قرار المجلس الأعلى بتاريخ 7/ 5/ 1985 ، حيث نقض القرار الصادر من مجلس قضاء وهران الذي اعترف بحق الأفضلية لأحد المتنازعين حول المحل التجاري الذي تم بورقة عرفية خارقا بذلك المادة 12 من قانون التوثيق / مشار اليه في نشرة القضاة / العدد الثالث / وزارة العدل / جويلية 1986 / ص 69 - 72 .

على مايلي : " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين في المستقبل لايكون له أثر الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه ، والمدة التي يجب ابرامه فيها .

واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد " .

فاذا كان العقد المراد ابرامه شكليا ، وجب أن يكون الوعد به شكليا هو الآخر ، فلو تعلق الوعد بالتعاقد بعقار مثلا ، وجب توثيقه طبقا للمادة 12 من قانون التوثيق ، واذا لم تراع هذه الشكلية اعتبر باطلا ، ولم ينتج أي أثر .

ويذهب بعض الفقهاء[1] الى أن الوعد بابرام عقد رسمي لا يكون خاليا من أي أثر اذا لم تتوافر فيه الشكلية المطلوبة ، اذ يرى هؤلاء أنه في هذه الحالة اذا كان هذا الوعد لا يؤدي الى اتمام العقد المقصود فهو يرتب التزامات شخصية طبقا لمبدأ سلطان الارادة باعتباره عقدا غير مسمى .

ويبدو أن هذا الرأي محل نظر ، ذلك أن الوعد بالتعاقد قبل ابداء الرغبة في ابرام العقد النهائي لا يرتب سوى التزامات شخصية (حقوق دائنية) هذا في حالة ما اذا انعقد صحيحا ، فكيف يرتب التزامات شخصية وهو لم يقم صحيحا ؟ ، ثم ان تخلف الشكلية التي تعد ركنا لقيام التصرف يجعل هذا الأخير باطلا ، وكذا الوعد به وهذا طبقا للمادة 12 من قانون التوثيق والمادة 71 من القانون المدني الجزائري ، فاذا لم تتوافر الشكلية في الوعد بالتعاقد اعتبر هذا الوعد باطلا ولا ينتج أي أثر .

ويبدو أن القضاء الجزائري في بعض أحكامه ذهب هو الآخر مذهب هؤلاء الفقهاء فقرر المجلس الأعلى أن الوعد بالبيع الذي تم بعقد عرفي (رغم أن القانون يتطلب شكلية في العقد النهائي) هو عقد غير معين تم بايجاب وقبول وفقا لمبدأ سلطان الارادة ، ويترتب عليه التزاما شخصيا في ذمة الواعد

---

1) أنظر عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني / ج1 / ص 254 .
وأنظر كذلك شمس الدين الوكيل / د روس في العقد / ط1 / الاسكندرية 1960 - 1961 / ص 76 .
وأنظر أيضا عبد المنعم فرج الصده / نظرية العقد في قوانين البلاد العربية / بيروت 1974 ص 170 .

يجازى عدم تنفيذه بالتعويض[1]. مع أن هذا خرقا للمادة 71 من القانون المدني الجزائري، وكذا المادة 12 من قانون التوثيق.

لكن الظاهر أن المجلس قد تفطن لذلك فيما بعد فقرر بطلان مثل هذا التصرف بطلانا مطلقا، وعدم انتاجه أي أثر[2].

والحكمة من اشتراط الشكلية في الوعد بالتعاقد هي عدم اتاحة الفرصة للأشخاص للتهرب من الشكلية عن طريق الوعد بالتعاقد بالنسبة للعقد النهائي الذين يريدون القيام به، فيصلون بذلك الى ابرام (عقد شكلي) بعقد رضائي (وعد) وفي هذا تحايل على القانون تفطن له المشرع فاشترط الشكلية لانعقاد الوعد بالتعاقد اذا ماكان العقد النهائي شكليا، والا كان الوعد باطلا ولا يمكن أن يتحول الى عقد آخر غير مسمى، ذلك لأنه من شروط نظرية تحول العقد[3] أن تتوافر في العقد الباطل أو القابل للابطال أركان عقد آخر، فما هو العقد الآخر هنا، والذي يتحول اليه الوعد بالتعاقد ؟. انه عقد غير مسمى، فكيف يتسنى لنا معرفة أركان هذا العقد الأخير اذا لم نعرف طبيعته ؟.

هذا وان العقود التي ابرمت قبل سنة 1970 أي قبل صدور قانون التوثيق تعد صحيحة ولو لم تخضع للتوثيق، وهذا تطبيقا لعدم رجعية القوانين.

وقد رأى المجلس الأعلى في قرار له صحة عقد بيع ابرم في سنة 1968 وتم اثباته بشهادة الشهود، وقبل الاثبات بذلك[4].

وهكذا يتضح أن التوثيق يعد شكلية للانعقاد، وتعد هذه الشكلية قيدا على دور الارادة في انشاء العقد يجب مراعاتها.

---

1) المجلس الأعلى في قرار له في 1978/1/25 وذلك في قضية تتعلق بوعد ببيع قاعدة تجارية، تم ابرام ذلك الوعد في صورة عرفية، رغم أن القانون يتطلب صورة شكلية في العقد النهائي.

2) وذلك في القرار الذي سبقت الاشارة اليه، رقم 99 256 الصادر في 1982/7/7 اذ قرر المجلس البطلان المطلق بالنسبة للتصرفات التي لا يتم فيها التوثيق بالرغم من اشتراطه من قبل المشرع لقيام مثل هذه التصرفات.

3) تنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري على أنه: " اذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد.

4) قرار المجلس الأعلى رقم 573 24 بتاريخ 9 جوان 1982.

المطلب الثاني : الكتابة المشترطة للانعقاد كقيد على دور الارادة في انشاء العقد . (كتابة غير رسمية) .

قرر المشرع أحيانا كتابة بعض العقود ، ورتب على تخلف الكتابة فيهما البطلان ، فاضافة الى الكتابة الرسمية التي اشترطها في بعض العقود والتي تعد ركنا في العقد يجب توافره ، فان المشرع يرى أحيانا ضرورة توفر الكتابة في التصرف الذي يقوم به الأطراف ، ولا يشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية ، ولكنه يقرر بطلان التصرف الذي يتم بدونها ، فتعد الكتابة حينئذ قيدا على ارادة المتعاقدين في انشائهم للعقد ، بحيث لابد من مراعاتها لصحته .

ومن ذلك مانص عليه المشرع من ضرورة كتابة عقد الشركة المدنية حيث أوجب كتابته تحت طائلة البطلان[1] .

وكذلك ما اشترطه من كتابة بالنسبة لعقد المرتب لمدى الحياة حتى يكون هذا العقد صحيحا[2] .

وبالنسبة لعقد الوكالة ، فانه اذا ما تم هذا العقد بأجر جزافي بين المقاول ورب العمل لتصميم ما اتفقا عليه ، وحدث في التصميم تعديل أو اضافة ، وكان ذلك راجعا الى خطأ رب العمل أو أذن به واتفق مع المقاول على أجره ، فهذا الاتفاق اشترط المشرع أن يكون مكتوبا ، الا اذا كان عقد المقاولة الأصلي لم يتم في شكل مكتوب وانما تم شفاهة[3] .

---

1) حيث تنص المادة 418 من القانون المدني الجزائري على مايلي : " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا ، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات ان لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد " .

2) اذ تقضي المادة 615 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا الا اذا كان مكتوبا ، وهذا دون اخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع .

3) اذ تقرر المادة 561 من القانون المدني الجزائري مايلي : " اذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو اضافة ، الا أن يكون ذلك راجعا الى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره . ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، الا اذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه شفاهة " .

وبالنسبة لعقد التأمين على حياة الغير ، فانه لا يكون صحيحا الا اذا وافق عليه الغير كتابة ، قبل ابرام العقد ، أو وافق عليه من يمثله قانونا ، اذا كان هذا الغير غير أهل لذلك[1] ، فالموافقة يجب أن تكون مكتوبة ، والكتابة هنا ركن للانعقاد ، بحيث يترتب على عدم توافرها البطلان[2] .

1) حيث تنص المادة 627 من القانون المدني الجزائري على مايلي : " يبطل التأمين على حياة الغير مالم يوافق الغير عليه كتابة قبل ابرام العقد فاذا كان الغير لا تتوافر فيه الأهلية فلا يكون العقد صحيحا الا بموافقة من يمثله قانونا " .

2)عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني / جـ7/ المجلد الثاني / ص 1430 .

المبحث الثاني : شكلية غير متطلبة للانعقاد كقيد على حرية الارادة .

سبقت الاشارة الى أن المشرع قد يشترط شكلية لانعقاد العقد ، ويرتب على تخلفها البطلان ، الى جانب ذلك يفرض شكلية معينة ليست لانعقاد العقد ، ولكنها تعد قيدا على ارادة المتعاقدين ، ومن هذه الشكلية التسجيل والقيد ، وكذا الكتابة المتطلبة للاثبات .

المطلب الأول : التسجيل (TRANSCRIPTION) والقيد (INSCRIPTION) .

فرض المشرع اجراء يجب ان يتبع بغية شهر الحقوق العينية الأصلية هذا الاجراء هو التسجيل[1] .

وهكذا قضت المادة 793 من القانون المدني الجزائري بما يلي : لا تنتقل الملكية بالحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير الا اذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون ، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري" .

ونصت المادة 165 من القانون المدني الجزائري على مايلي : " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالاشهار العقاري " .

وبرجوعنا الى القانون المتعلق بالشهر العقاري[2] نجد المادة 16 منه تقضي بما يلي : " العقود الارادية والاتفاقات التي ترمي الى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف الا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " .

وتقضي المادة 15 من نفس القانون بأن " كل نقل للملكية أو حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير الا من تاريخ اشهاره في مجموعة البطاقات العقارية " .

---

1) ويتم التسجيل بوضع صورة كاملة لسند التصرف عند مكتب الشهر، وذلك لكي يورد في التسجيل العقاري .

2) الامر رقم 75- 74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن اعداد مسح الأرض وتأسيس السجل العقاري .

ولقد أوجب المشرع على المتعاقدين من اثبات بعض العقود كتابة ، ومن ذلك ماقرره بخصوص عقد الكفالة ، حيث اشترط الكتابة لاثباته[1].

وكذلك ماذهب اليه المشرع الجزائري من اشتراط كتابة العقود المتعلقة بالملكية الصناعية التي تتضمن انتقال الملكية أو امتياز حق الاستغلال أو الانتهاء من هذا الحق أو الرهن أو رفع اليد على الرهن ، وذلك فيما يتعلق بطلب اجازة الاختراع أو اجازة شهادة المخترع[2].

= فلا تجوز البينة في اثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك" .

هذا في الأصل العام . اذ يجوز كاستثناء الاثبات بالبينة ماكان يجب اثباته بالكتابة في حالات نصت عليها المادتان 335 ، 336 . وهي حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة بحيث لا تكون الكتابة هي الدليل الوحيد ، بل تكون دليلا مكملا ، وكذلك اذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، وأيضا اذا ما فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن ارادته .

1) اذ تقضي المادة 645 من القانون المدني الجزائري على مايلي : " لا تثبت الكفالة الا بالكتابة ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلي بالبينة " .

2) الأمر رقم 66- 54 المؤرخ في 3 مارس 1966 ، والمتضمن شهادة المخترعين واجازة الاختراع .

ولقد أوجب المشرع على المتعاقدين من اثبات بعض العقود كتابة ، ومن ذلك ماقرره بخصوص عقد الكفالة ، حيث اشترط الكتابة لاثباته.[1]

وكذلك ماذهب اليه المشرع الجزائري من اشتراط كتابة العقود المتعلقة بالملكية الصناعية التي تتضمن انتقال الملكية أو امتياز حق الاستغلال أو الانتهاء من هذا الحق أو الرهن أو رفع اليد على الرهن ، وذلك فيما يتعلق بطلب اجازة الاختراع أو اجازة شهادة المخترع.[2]

= فلا تجوز البينة في اثبات وجوده أوانقضائه مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك".
هذا في الأصل العام . اذ يجوز كاستثناء الاثبات بالبينة ماكان يجب اثباته بالكتابة في حالات نصت عليها المادتان 335 ، 336 . وهي حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة بحيث لا تكون الكتابة هي الدليل الوحيد ، بل تكون دليلا مكملا ، وكذلك اذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، وأيضا اذا ما فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن ارادته .

1) اذ تقضي المادة 645 من القانون المدني الجزائري على مايلي : " لا تثبت الكفالة الا بالكتابة ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلي بالبينة " .

2) الأمر رقم 66- 54 المؤرخ في 3 مارس 1966 ، والمتضمن شهادة المخترعين واجازة الاختراع .

المبحث الثالث : بعض الشكليات والاجراءات الأخرى التي يشترطها المشرع والتي تعد قيدا على دور الارادة في انشاء العقـــد .

يرى المشرع أحيانا ضرورة توافر اجراءات خاصة حتى يستطيع الأشخـــاص القيام بتصرفاتهم وانشاء عقودهم ، ومن هذه الاجراءات اشتراط الحصول علـــى رخصة من جهة معينة ، واشتراط التسليم في العقود العينيـة .

المطلب الاول : اشتراط الحصول على رخصة من جهة معينة .

قد يفرض القانون على المتعاقدين الحصول على رخصة معينة حتى ينشـــأ تصرفهما صحيحا من ذلك ما اشترطه مرسوم 20 جانفي 1964 من ضرورة الحصـــول على رخصة من الوالي بشأن بيع الأراضي الفلاحية .

وقد رأى المجلس الأعلى في قرار له وجوب الحصول على هذه الرخصـــة وأن عدم احترام هذا الاجراء يجعل البيع باطلا ، حيث قرر المجلس أن" مرســـوم 20 جانفي 1964 يفرض في بيع الأراضي الفلاحية الرخصة الادارية من الوالـــي وأن هذا النص هو من النظام العام ويجعل بالتالي العقود التي تمت بـــدون هذه الرخصة باطلة بطلانا مطلقا "[1].

كما اشترط القانون الحصول على رخصة مسبقة من وزير الداخلية ووزيـــر الاقتصاد الوطني بخصوص اقتناء أسلحة صيد ، اذ قضت المادة 3 من المرســـوم المتعلق بتنظيم اقتناء وحيازة وحمل الأسلحة الصيد وذخائرها والتنازل عنهمـــا مايلي[2] :" ان استيراد أسلحة الصيد وذخائرها وتوابعها مهما كان عيار الســـلاح وصفة المستورد تخضع الى الرخصة المسبقة التي يسلمها وزير الداخلية ضمـــن شروط وتبعا لاجراءات تحدد بموجب قرار مشترك من وزير الداخلية ووزيـــر الاقتصاد الوطني".

وبالنسبة للأجنبي فقد ألزمه المشرع بالحصول على رخصة لاستخدام أو ممارسة لأي نشاط مأجور في الجزائر ، تسلم هذه الرخصة من وزارة العمل والشـــؤون

---

1) قرار المجلس الأعلى في 31 مارس 1982 .
مشار اليه في نشرة القضاة للجمهورية الجزائرية / وزارة العدل / عدد خاص 1982 .

2) المرسوم رقم 63- 441 المؤرخ في 8 نوفمبر 1963 المتعلق بتنظيم شروط اقتناء وحيازة وحمل أسلحة الصيد وذخائرها والتنازل عنها .

الاجتماعية.[1]

وذهب المشرع الى منع استخدام أو تشغيل أي أجنبي يكون بدون رخصة عمل.[2]

كما يحظر على كل أجنبي أن يمارس أي نشاط صناعي أو تجاري أو فني من غير أن يثبت حيازته لبطاقة مهنية أو لرخصة تقوم مقام هذه البطاقة.[3]

ويعتبر البيع الذي يكون الأجنبي طرفا فيه باطلا، مالم يحصل المتعاقدان في سبيل ذلك على رخصة من البنك المركزي، ويشترط هذا الاجراء اذا ماكان المبيع عقارا يملكه أجنبي في الجزائر، وهذا طبقا لمرسوم 21 جانفي 1972.

فكل هذه الاجراءات التي فرضها المشرع تعد قيدا على حرية الارادة، في انشائها للعقود.

المطلب الثاني : اشتراط التسليم في العقود العينية.

هناك عقود استلزم فيها المشرع تسليم الشئ الذي يكون موضوع الاتفاق كركن لقيام هذه العقود التي يطلق عليها العقود العينية، والتي اذا لم يتم التسليم فيها تعتبر باطلة، ويوجد في القانون المصري هبة المنقول ويشترط التسليم فيها.[4]

وقد أورد المشرع الفرنسي بعض العقود العينية كالقرض، والوديعة، والعارية، والرهن الحيازي.

أما في القانون الجزائري فالظاهر أنه لا يوجد عقد عيني ، سوى ما أتى به المشرع في قانون الأسرة[1] وفي المادة 206 بخصوص عقد الهبة .

حيث تنص هذه المادة على مايلي : " تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم الحيازة ، ومراعاة قانون التوثيق في العقارات والاجراءات الخاصة في المنقولات "[2].
وتضيف الفقرة الثانية " واذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " .

فقد ذهب المشرع الجزائري الى اعتبار هذا العقد عينيا ، اذا ما كان واردا على منقول ، اذ أن عبارة (وتتم بالحيازة) أي أن الحيازة تعد ركنا لقيام هذا العقد واذا لم تتم اعتبر باطلا وفقا للفقرة الثانية من هذه المادة .

واذا ماورد عقد الهبة على عقار وجب توثيقه طبقا للمادة 12 من قانون التوثيق .

هذا وقد رأى المشرع الاستغناء عن الحيازة في الهبة في حالة ما اذا كان الواهب هو ولي للموهوب له أو زوجه ، أو اذا ما كان الشيء الموهوب مشاعا ، وجعل التوثيق والاجراءات الادارية كافية في هذه الحالة[3] .

فاشتراط التسليم في هذا العقد يعد قيدا على ارادة المتعاقدين في اجرائهما لهذا التصرف .

المادة 2/488 من القانون المدني المصري التي نصت على مايلي : " ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية " .

1) قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة .
2) يبدو أن الصواب في عبارة (وتتم الحيازة) هو (وتتم بالحيازة) أي أن الحيازة تعد ركنا في هذا العقد ، وهذا مايظهر واضحا في النص الفرنسي لذات المادة "L'acte de donation se forme par l'offre et l'acceptation et se compléte par la prise des possessions ..."
3) حيث تقضي المادة 208 من قانون الأسرة بما يلي : " اذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فان التوثيق والاجراءات الادارية تغني عن الحيازة " .

الباب الثالث : القيود الواردة على سلطان الارادة في تنفيذ العقد :

بعد أن تناولنا بالدراسة القيود التي ترد على دور الارادة في انشائها للعقد ، فتحد من سلطانها في ذلك ، نحاول في هذا الباب بحث القيود التي ترد على دور الارادة في تنفيذها للعقد .

وقد رأينا تقسيم هذه القيود الى قيود تحد من القوة الملزمة للعقد ، وهذا ما خصص له الفصل الأول ، وقيود تتعلق بالتدخل في تنفيذ العقد ، أو انهاء العلاقة التعاقدية ، وهذا ما خصص له الفصل الثاني .

الفصل الأول : الحد من القوة الملزمة للعقد .

لقد فرض القانون عدة قيود على المتعاقدين أثناء مرحلة تنفيذ العقد ، وهذه القيود منها ما يتعلق بامكانية تعديل العقد وهذا ما نتناوله في المبحث الأول ، ومنها ما يرتبط بضرورة تنفيذ العقد بطريقة تستوجب حسن النية ، وعدم جواز التعسف في استعمال الحق في المجال العقدي ، وهذا ما نبحثه في المبحث الثاني .

المبحث الأول : امكانية تعديل العقد .

اذا كان الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأنه ينفذ وفقا لما اتفقا عليه ، الا أنه أحيانا راعى المشرع بعض الظروف التي تطرأ فتؤدي الى عدم التوازن في العلاقة التعاقدية ، اذ رأى ضرورة مراعاة هذه الظروف ، فأقر نظرية الظروف الطارئة ، وأجاز تعديل العقد في هذه الحالة . وكذلك أجاز تعديل العقد في حالات أخرى وهذا مراعاة لمصلحة الطرف الضعيف في العقد .

ونعرض لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة كقيد على الدور الارادة في تنفيذ العقد وهذا في مطلب أول ، ثم لتعديل العقد لأسباب أخرى في مطلب ثان .

المطلب الأول : تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة :

لقد رأى المشرع أنه حين تتغير الظروف التي وضع أثناءها العقد الى الحد الذي يجعل من تنفيذ الالتزام بالشكل المتفق عليه مرهقا للمدين فانها تراعي هذه الظروف في تنفيذ العقد ، بما يحقق مصلحة الطرفين المتعاقدين ، ولا يمكن الاعتداد هنا بسلطان الارادة حيث قرر المشرع الجزائري ذلك في المادة (107) ق.م.ج اذ تنص المادة في فقرتها الثالثة على مايلي: " غير انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "[1] .

ويحسنا ماذهب اليه المشرع الجزائري من أخذه بهذه النظرية[2] التي تعبر عن فكرة العدالة في تنفيذ العقد ، اذ ليس من العدل أن ينفذ المتعاقد (المدين) التزامه بما اتفق عليه مع المتعاقد الآخر مع وجود ظروف طرأت بعد انشاء العقد تجعل تنفيذه بالصورة المتفق عليها أمرا مرهقا بالنسبة له .

---

1) يبدو أن موضع هذه النظرية في المادة 107 غير سليم ، ذلك لأن هذه النظرية هي في الأصل استثناء من القوة الملزمة للعقد ، والتي تعرض لها المشرع الجزائري في المادة 106 فكان من المفروض أن يكون موضع هذه النظرية في المادة 106 كفقرة ثانية استثناء من القاعدة العامة التي تقرر ان العقد شريعة المتعاقدين .

2) هذه النظرية لم تكن معروفة في المجتمع الروماني ، الا في أقوال الفلاسفة (كشيشرون) وغيره ، أما في الشريعة الاسلامية فقد عرفت هذه النظرية ، وخاصة في بعض العقود (كعقد الايجار) فعند الحنفية مثلا فان عقد الايجار ينفسخ بالعذر ، لأنه لو لزم العقد عند تحقيق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فيكون الفسخ في هذه الحالة امتناعا عن التزام الضرر .
جميل الشرقاوي /النظرية العامة للالتزام/الكتاب الأول /مصادر الالتزام/ دار النهضة العربية 1976/ ص 318 .

وتفترض نظرية الظروف الطارئة ان عقدا متراخي التنفيذ[1] قد أبرم في ظل الأحوال العادية ، فاذا بظروف عامة لم تكن متوقعة قد حدثت ولا يمكن دفعها ، وتؤدي الى أن تنفيذ الالتزام بالشكل المتفق عليه قبل حدوثها يهدد المدين بخسارة كبيرة ، ففي هذه الحالة لابد أن تراعى هذه التغييرات التي حدثت ، ويعاد النظر فيما اتفق عليه المتعاقدان ، وهذا ليتم التوازن بين مصلحة الطرفين .

على هذا الأساس فان المشرع الجزائري قد اشترط شروطا[2] اذا ما توافرت كان للقاضي أن يتدخل ويرد الالتزام الى الحد المعقول .

— وفي العصور الوسطى فقد وجدت هذه النظرية في القوانين ذات الصبغة الدينية فكان فقهاء الكنيسة يرون ان هناك غبنا يقع على المدين المرهق ، وهذا الغبن لا يجوز سواء كان أثناء تكوين العقد أو وقت تنفيذه ، وهو نوع من الربا .
أما في القانون الفرنسي القديم فلم تظهر فيه النظرية ، اذ أنه تأثر بفقهاء القانون الروماني في ذلك .
عبد الودود يحي ، /النظرية العامة للالتزامات / ج1/ القاهرة 1981 .
وفي بداية العصر الحديث فانه ازاء ازدهار مبدأ سلطان الارادة لم يكتب لهذه النظرية الوجود في القانون الفرنسي ، ورفضها القانون المدني ، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى رفض هذه النظرية ، وقررت في حكم لها في 6 مارس 1876 أنه : ليس من اختصاص المحاكم أن تستند على مجرد واقع الظروف وعنصر الزمن لتصل الى تعديل الاتفاقات المبرمة بين الأشخاص ، وأن تستبدل الشروط الجديدة بتلك الشروط التي انعقدت عليها الارادة الحرة للمتعاقدين ، حتى وان بدا لهذه المحاكم ان قراراتها قد تكون أكثر تشبثا مع روح العدالة" .
أما القضاء الاداري فقد أخذ بهذه النظرية ، اذ أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي أثناء الحرب العالمية الأولى ، وذلك مراعاة لسير المرافق العامة ، وهذا في قرار في 30 مارس 1916 . حيث أجاز فيه لشركة الغاز لمدينة بوردو ان ترفع سعر التوريد لأن الحرب ، وهو ظرف استثنائي قد أدى الى ارتفاع التكاليف .
أما القانون المصري فقد قرر هذه النظرية في المادة 147 من القانون المدني المصري في فقرتها الثانية .

1) وهو العقد الزمني ، الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه ، ويمتد تنفيذه عبر الزمن (كعقد التوريد ، وعقد الايجار) .

2) ويمكن اجمال هذه الشروط فيما يلي :
— ان يكون العقد موضوع هذه النظرية من العقود المستمرة التنفيذ ،أي التي تنفذ على

فقـــد ينقص القاضـي الالـتزام المرهـــق ، فاذا مـا الـــتزم المديـــن بكمية من بضاعـــة معينـــة ، لكـن هـــذه البضاعـــة قـل وجودها في الســـوق نظرا لوقـوع حـرب مثلا ، فيجـوز للقاضـي أن يخفض من هـــذه الكميـــة الى الحـد المعقـول. وقـد يـرى القاضـي ضرورة وقف تنفيذ العقـد الـى أن يـــزول الظـرف الذي حدث اذا كان زواله متوقعا (كـأن تنفـــذ مـــواد معينـــة مؤقتـا بحيث ان تواجدها مـرة أخـرى أمر متوقـــع) .

ويجـوز للقاضـــي أن يزيـــد من الالـــتزام المقابـــل ، وذلـك عنـدمـــا ترتفـــع الأسعـــار مثـلا ، ويلـــتزم المديـــن بكمية معينـة بسعـــر معـــين فيكـون هنـاك ارهـاق بالنسبـة لهـذا المديـــن في تنفيـــذه لمـا تعهـــد بـه بنفـــس السعـــر ، فهنـــا يكـــون للقاضـي أن يرفـــع السعـــر الى الحـد المعقـــول .

وليـس للقاضـي أن يجـبر الدائـن على الشـراء بالسعـــر الـــذي حـدده فلـه أن يخـيره بين القبـول به أو فســـخ العقـــد ، ولا يمكـن لـه أن يفســـخ العقـد بنـاء على طلـب الدائـن[1] ، ولا يجـــوز له أن يعفـــي أحـــد الطرفـــين

= فترة من الزمن ، وتسمح هذه الفترة بتغير الظروف بين انعقاد العقد ونفاذه.
- ان يحدث هناك تغير نتيجة ظروف استثنائية ، بمعنى ان هذه الظروف تخرج عـــن حدود المألوف وهي نادرة الوقوع وفقا للسير العادي للأمور " كالزلازل ، والحرب ، ووقوع أزمات اقتصادية وارتفاع وانخفاض الأسعار" .
- ان يكون هذا الظرف عاما ، أي أنه ليس خاصا بالمدين وحده ، بل يشمل الأشخاص جميعهم أو على الأقل طائفة منهم .
- أن يكون هذا الظرف غير متوقع ولا يمكن دفعه ، بمعنى ذلك أن الشخص العادي لا يمكنه توقع هذا الظرف الذي حدث ، وهذا المعيار موضوعي ، ولا يتعلق بشخص المدين فقط.
- ويجب أن يترتب على وقوع الظرف الطارئ ارهاق للمدين في تنفيذ التزامه ، فاذا مـا أصبح الالتزام مستحيلا كنا بصدد قوة قاهرة لا ظروف طارئة ، اذ باستحالة تنفيـــذ الالتزام ينقضي هذا الأخير ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، المادة 122 من القانـــون المدني الجزائري ، ولا التزام على المدين .
ولابد من أن يؤدي هذا الارهاق الى خسارة كبيرة ، وهذا أمر متروك تقديره للقاضي .

1) وقد قضت محكمة النقض المصرية " بأن المادة 147 الفقرة الثانية ، التي تقابل المـادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري " تعطي للقاضي رخصة تقتصـــر

من تنفيذ التزامه . ولكن ترك له الأمر في تقدير الظروف التي تجعل من تدخله في العقد أمرا ذا فائدة بالنسبة للطرفين ، وان كان المشرع قد وضع بعض المعالم التي يستهدي بها القاضي في هذه الحالة ، منها أن يكون التنفيذ قد صار مرهقا ، بحيث يهدد المدين بخسارة كبيرة ، ويقوم بموازنة بين الطرفين ليرد بذلك الالتزام الى الحد المعقول[1] ، الى جانب الشروط الأخرى السابق الاشارة اليها[2] .

وفكرة الارهاق ينظر فيها بالنسبة لكل مدين على حدة ، فما يعد مرهقا بالنسبة لمدين قد لا يعد كذلك بالنسبة لآخر ، ثم ان الخسارة التي تصيب المدين لابد أن تتعلق بالصفقة ذاتها التي طرأت عليها الظروف ، وليس بمجموع ثروة المدين ، ولا ينظر الى صفقة أخرى يكون المدين قد جنى منها ربحا[3] .

= سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدي الذي لم يتم تنفيذه الى الحد المعقول اذا كان تنفيذه مرهقا للمدين دون أن يكون له فسخ العقد او اعفاء المدين من التزامه القائم أو الزام الدائن برد ما استوفاه منه " .
محكمة النقض المصرية 20/12/1973 . وذهبت محكمة أول درجة بالقاهرة الى ذلك حيث قررت أن " نظرية الظروف الطارئة لا تسمح للقاضي بفسخ العقد ، ان هدف الظروف الطارئة هو تقسيم الالتزامات بين الطرفين ، وليس اعفاء أحدهما من التزاماته" .
حكم محكمة أول درجة للقاهرة في 3 أكتوبر 1963 /المحاماة/فيفري 1954 /رقم 16 ص 828 . ولقد ذهبت بعض التشريعات الى اجازة فسخ العقد اضافة الى تعديله في هذه الحالة ومنها التشريع البولوني ، حيث نصت المادة 269 من قانون الالتزامات البولوني على أنه " اذا حدثت حوادث استثنائية ... جاز للمحكمة اذا رأت ضرورة لذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره بل وأن تقضي بفسخ العقد " .
وكذلك القانون المدني الايطالي في المادة 1467 .

1) وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن " تدخل القاضي لرد الالتزام الى الحد المعقول طبقا للمادة 147 الفقرة الثانية ، رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الارهاق المهدد بخسارة فادحة ، وتقدير ذلك منوط بالاعتبارات الموضوعية" .
حكم محكمة النقض المصرية/الطعن رقم 359 / السنة 26/ قضائية 1962 .
أشار اليه سعد المصفور/رقابة القضاء وضرورة حماية الفرد في الدولة الحديثة ، مجلة المحاماة/العددان 8 ، 9/السنة الحادية والخمسون/ 1971/ ص 123 .

2) أنظر ماسبق /ص 82 /هامش 2 . وكذا ص 83 في الهامش .

3) وليم سليمان قلادة /التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري /الطبعة الأولى/القاهرة 1955/ص 370 .

وهكـــذا فالمشـــرع بتقريـــره هـــذه النظريـــة يهـــدف الى تحقيـــق مصلحـــة الطرفـــين ، ذلك ان العقـــد ليـــس شيئا متحجرا كمـــا يـــرى (أحمد شوقي محمد عبد الرحمن) وبالتالي على المتعاقديـــن أن يلـــتزما بـــروح هـــذا العقـــد وليـــس بحرفيتـــه .[1]

ولكنـــه يذهـــب الـــى أن روح هـــذا العقـــد هي تحقيـــق مصلحـــة الدائـــن ، فاذا ما تغـــيرت الظـــروف فـــاننا نـــوازن بـــين المصالـــح بحيـــث يجـــب المحافظـــة على مصلحـــة الدائـــن .

لكـــن يبـــدو أن هـــذا الرأي محـــل نظـــر ، ذلك لأن روح العقـــد لا تتمثـــل في حمايـــة الدائـــن والمحافظـــة على مصلحتـــه فحســـب ، بل تتعداهـــا الى المحافظـــة على مصلحـــة المديـــن أيضـــا ، ومراعاة ظـــروفه ، وما نظريـــة الظـــروف الطارئـــة الا تطبيـــق لذلـــك .

فمـــن مصلحـــة الدائـــن أن يـــتم تنفيـــذ العقـــد بالصـــورة المتفـــق عليهـــا مهمـــا تغـــيرت الظـــروف ، لكـــن المشـــرع راعى مصلحـــة المديـــن كذلـــــك فأجـــاز للقاضـــي التدخـــل اذا ما حدثـــت هـــذه الظـــروف الطارئـــــــة ، وفي هـــذا تحقيـــق لمصلحـــة الطرفـــين (الدائـــن والمديـــن) ، وهـــذا مايجـــب أن تهـــدف اليـــه روح العقـــد ، فهـــذه النظريـــة تتصـــل بمبـــادئ الأخـــلاق والعدالـــة .[2]

فلا يمكـــن اجبـــار المديـــن بمقتضـــى فكـــرة العقـــد شريعـــة المتعاقديـــن على أن يتحمل وحـــده نتيجـــة لتغـــيرات في الظـــروف الاقتصاديـــة ، والتي لادخـــل له في حدوثهـــا ما قد ينجـــر عن هـــذه التغـــيرات ويـــؤدي الى عـــدم التـــوازن في العلاقـــة التعاقديـــة القائمـــة .

وقد عـــبرت عن ذلـــك محكمـــة استئنـــاف مصـــر الوطنيـــة في حكـــم لهـــا بهـــذا الشـــأن جـــاء فيـــه مايلـــي : " وان كـــان من المقـــرر احـــترام العقـــود

1) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن / مضمون الالتزام العقدي / المطبعة المصرية الحديثة 1976 ، ص 45 .

2) أسعد الكوراني / نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية / مجلـــة المحاماة / العدد الأول / السنة الأربعون / 1959 / ص 217 .

باعتبارها قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهري ، الا أنه يجب أن يكون ذلك مقيدا بمقتضيات العدالة وروح الانصاف ، فاذا نشأت ظروف جديدة تؤدي الى الاختلال بين المطالبات يكون من الظلم احترام العقد في مثل هذه الظروف ، ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وانقاذه من الخراب[1] " .

ولقد جعل المشرع الجزائري أحكام نظرية الظروف الطارئة من النظام العام[2] ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وهذا ما ورد في آخر المادة 107 من القانون المدني الجزائري " ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

وهكذا فبتقرير المشرع لنظرية الظروف الطارئة يكون قد راعى مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في هذه الحالة وهو المدين ليكون هناك توازن بين مراكز المتعاقدين رقيدا قيد على دور الارادة في تنفيذ العقد بما يضمن ويحقق مقتضيات العدالة .

---

1) استئناف محكمة مصر الوطنية / 9 أفريل 1931 / مجلة المحاماة / السنة الثالثة عشرة رقم 41 / ص 63 .

2) وقد يثور التساؤل حول جعل أحكام نظرية الظروف الطارئة من النظام العام وعدم جواز تحمل المدين لتبعية الظروف الطارئة ، في حين أنه يمكن له ذلك في حالة القوة القاهرة حيث تقضي الفقرة الأولى من المادة 178 بما يلي : " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة " .
يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ ذلك عن القانون المدني المصري .
ويرى بعض الفقهاء في تبرير أخذ المشرع المصري بذلك أنه حينما قرر نظرية الظروف الطارئة كان يساوره بعض الخوف من أن يتخلص الدائنون من حكم ذلك بالاتفاق على عكسها . ومع ذلك فان هذا الفارق في الحكم بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة يخلق تناقضا في مبدأ أساسي من مبادئ القانون ، كان يحسن تحاشيه بالتسوية بينهما في الحكم .
أسعد الكوراني / المرجع السابق / ص 244 . وانظر كذلك حسب الرسول الشيخ الفزاري أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي / رسالة دكتوراه / 1979 / ص 283 .

المطلب الثاني : تعديل العقد لأسباب أخرى .

يجوز التعديل في العقد في حالات أخرى رأى المشرع أنه لابد من مراعاتها بالتقييد من دور الارادة في هذا المجال .

ففيما يتعلق بتعديل شروط العقد ، فان المشرع قد أعطى للقاضي امكانية التدخل في بعض العقود لجعلها تتلاءم مع مصلحة الطرفين .

فالتزامات المتعاقدين وان لم تكن متساوية تماما في كل الأحوال الا أنه لابد من أن يكون هناك تناسب بينهما ، بحيث اذا ما اختل هذا التناسب بشكل يجعل العلاقة التعاقدية غير متوازنة كان للقاضي أن يتدخل ليعيد الملاءمة بين هذه الالتزامات .

فاذا ما كان هناك اختلال كبير في التعادل بين التزامات أحد المتعاقدين بالمتعاقد الآخر ، وكان هذا الاختلال ناتجا عن استغلال أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر[1] ، لما غلب عليه من طيش أو هوى[2] أجاز المشرع للقاضي أن يتدخل بطلب من المتعاقد المستغل في العقد للابطاله أو الانقاص من الالتزامات[3] .

فاذا ما اختار المتعاقد المغبون دعوى الابطال كانت للقاضي سلطة تقديرية في اجابته الى طلبه اذا ما رأى شروط الاستغلال متوافرة

---

1) وهو العنصر المادي المتغير تبعا للظروف .

2) وهو العنصر النفسي الذي يقوم عليه الاستغلال ، ويشترط لقيامه أن المتعاقد المغبون ما كان ليبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشه أو هواه .

3) حيث تنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ماغلب عليه من طيش أو هوى ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد " . وعلى كل فسواء طلب المتعاقد المغبون ابطال العقد أو الانقاص من الالتزامات فانه يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا عدت غير مقبولة ، وهذا وفقا للفقرة الثانية من المادة 90 السالفة الذكر .

كما يجوز له أن يقتصر على انقاص الالتزامات ، ولا يقضي بالابطال فسلطته في ذلك واسعة ، ولا يخضع لرقابة المجلس الأعلى في ذلك لأن الأمر يتعلق بمسألة واقع لا قانون .

وكذلك فان للقاضي سلطة في تقدير مايراه كافيا لرفع الغبن اذا ما أراد الطرف الآخر دفع دعوى الابطال بعرضه مايكفي لرفع الغبن (1) .

كما يجوز للطرف المغبون أن يطلب انقاص الالتزامات ، فحينئذ يكون للقاضي أن يحكم بالانقاص اذا ما رأى ضرورة لذلك .

لكن ليس للقاضي أن يزيد في التزامات الطرف الآخر بدل انقاص التزامات الطرف المغبون . اللهم الا اذا ما رأى الطرف الآخر أن يتوقى دعوى الابطال ، وعرض مايراه القاضي كافيا لرفع الغبن ، كما سبقت الاشارة الى ذلك .

وكذلك فلايجوز للقاضي أن يحكم بالابطال اذا كان المتعاقد المغبون قد طلب الانقاص ، ذلك لأن هذا المتعاقد قد قدر مصلحته وبالتالي فلايمكن للقاضي أن يحكم له بما لم يطلبه .

فالقاضي اذن يسعى بتدخله في العقد الذي يقع أحد طرفيه في استغلال من الطرف الآخر الى اصلاح هذا الخلل متوخيا تحقيق المساواة بين الطرفين ، وبالتالي فان دور القاضي في هذه الحالة يعد نوعا من الرقابة على العقد ، ومدى توافر التعادل بين التزامات الأطراف .

ومن الحالات التي يمكن فيها تعديل العقد أيضا ، عقد الاذعان بحيث اذا ماكانت هناك شروط تعسفية في العقد الذي تم بطريق الاذعان فان للقاضي أن يتدخل ليعدل هذه الشروط بما يتلاءم مع مصلحة

---

1) حيث تقضي الفقرة الثالثة من المادة 90 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض مايراه القاضي كافيا لرفع الغبن" .

الطرف المذعن لأنه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، والجدير بالحماية ، كما يجوز للقاضي أن يعفي الطرف المذعن من هذه الشروط بل لقد ذهب المشرع الى جعل هذه الأحكام من النظام العام ، بحيث لا يمكن الاتفاق على عكسها (1) .

وهكذا فيمكن التدخل في العقد لتعديله ، ويرد هذا قيدا على ما للارادة الطرفين من دور في تنفيذ العقد حسب ما اتفق عليه كل هذا تستوجبه حماية الطرف الضعيف في العقد ، وتحقيق مصلحة الجميع .

1) المادة 110 من القانون المدني الجزائري السابق الاشارة اليها .

المبحث الثاني : عدم جواز تنفيذ العقد بما يتعارض وحسن النية باستعمال الحق استعمالا تعسفيا .

ان القانون لا يجيز للمتعاقد أن يقوم بتنفيذ العقد بطريقة تنم عن سوء نيته ، أو بطريقة يكون الشخص فيها متعسفا في استعمال حقه في المجال التعاقدي ، ذلك لأنه اذا كان من حق هذا المتعاقد أن يقوم بتنفيذ العقد حسب ما اتفق عليه مع المتعاقد الآخر ، فان ذلك يجب أن يكون وفق حسن النية الذي يهيمن على العقود جميعها ، وهذا ما سنبحثه في مطلب أول ، كذلك على الشخص الا يتعسف في استعمال حقه الذي خوله القانون وهذا ما سنعرض له في مطلب ثان .

المطلب الأول : ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية .

اذا كان للطرفين تنفيذ العقد بما جاء فيه ، ويكون شريعتهما في ذلك ، فانهما لابد أن يراعيا مبدأ حسن النية في تنفيذه .

هذا المبدأ الذي يعد في القانون الحديث[1] قاعدة عامة تشمل العقود جميعها . ولقد قرر المشرع الجزائري ذلك في المادة 107 الفقرة الأولى من ق.م.ج ، حيث نصت على ما يلي :" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل

---

1) أنظر المادة 148 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري ، والمادة 1134 الفقرة الثالثة من القانون المدني الفرنسي ، والمادة 2 من قانون الالتزامات السويسري حيث تقضي بوجوب استعمال الانسان لحقوقه وتنفيذه لالتزاماته طبقا لمقتضى حسن النية ، وان الاساءة الظاهرة في استعمالها لا يحميها القانون .
بل ان هذا المبدأ يعود الى القانون الروماني ، اذ كان الشخص يلزم بالوفاء بما تعهد به ، ولا يمكنه الاخلال بالثقة والأمانة ، والا اعتبر مرتكبا لعمل يدخل في نطاق الغش والخديعة ، وقد ابتدع (البريتور) جزاء لمن أخل بذلك ، فمنح الدائن دعوى تؤسس على حسن النية (lexbona Fide) (العادات التي تسود بين الناس الشرفاء) . وعرف هذا النوع من الدعاوى (بدعاوى حسن النية judicia bonae Fides)
أنظر في تفصيل ذلك حسن صوفي أبو طالب/أبحاث في مبدأ سلطان الارادة في القانون الروماني / القاهرة 1964/ ص142 .
هذا ولم يكن حسن النية يشمل كافة العقود في القانون الروماني ، اذ كان قسم

عليه وبحسن نية " .

وهذا المبدأ يقيد المدين في تنفيذه للالتزام ، كما يقيد الدائن في مطالبته بتنفيذ الالتزام ، فلايمكن تنفيذ العقد بما يخالف مبدأ حسن النية .

وفي هذا المجال تذهب مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الى أن " العقد وان كان شريعة المتعاقدين فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني دون المعاني ، كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل العقود جميعا سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها ، أو فيما يتعلق بكيفية تنفيذها[1] " .

ولهذا فان على المقاول الذي يلتزم بتوصيل الكهرباء الى متعاقد معين أن يقوم بتوصيلها من أقصر الطرق[2] ، وعلى صاحب سيارة الأجرة بأن يسلك أقرب طريق يوصل الراكب الى مكان الوصول ، وكذلك فان على المؤمن له أن يخطر المؤمن بالحوادث التي تزيد في أخطار التأمين اذ على الدائن أن يخطر المدين بما من شأنه أن يؤثر على المدين لو علم به أثناء التعاقد .

ولقد قضي في فرنسا بأنه اذا قدمت شركة السكة الحديدية احدى عرباتها لشحن بضائع معينة ، وكان في العربة عطب لا حظه المرسل ، وبدلا من أن ينبه الشركة بذلك قام بشحن البضائع مما تسبب في فقده لجزء منها في الطريق من جراء هذا العطب ، فيكون المرسل في هذه الحالة قد أخل بما كان يجب عليه من الاخطار بحالة العربة[3] .

= من هذه العقود ينفذ حرفيا ، ويسمى (عقود القانون الضيق Strécti Juris) وقسم آخر يسمى (عقود حسن النية) .
حسين عامر / القوة الملزمة للعقد / الطبعة الأولى / القاهرة 1949 / ص 37 .

1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / ج2 / ص 286 .

2) محمود جمال الدين زكي / نظرية الالتزام في القانون المدني المصري / المرجع السابق / ص 317 . وانظر كذلك عبد الودود يحي / المرجع السابق / ص 161 .

3) حكم محكمة السين في 1936/12/21 / أشار اليه حسين عامر / القوة الملزمة للعقد القاهرة 1949 / ص 38 .

ان مبدأ حسن النية يقتضي الاخلاص والأمانة في تنفيذ العقد ويوجب على كل متعاقد بأن يلتزم للطرف الأخر بما يساعد على تنفيذ العقد ، فهذا المبدأ يفرض التعاون (collaboration) بين أطراف العقد[1] ، فاذا كان المدين يلتزم بتنفيذ ما رتبه العقد فان على الدائن أن يساعده على ذلك ، فعلى المدين أن يسعى الى القيام بتنفيذ التزاماته بطريقة يظهر معها حسن نيته ، فعليه أن يتخذ من الاحتياطات مايمنع حدوث ما يمكن أن يتوقعه ، وأن يسعى الى تحقيق الغرض من العقد ، وفي هذا تشير المادة 361 من القانون المدني الجزائري بخصوص عقد البيع ، الى أن على البائع أن يسعى الى تنفيذ التزامه ، وأن يصاحب ذلك حسن النية ، بأن لا يلجأ الى ما من شأنه أن يؤثر على نقل الشيء المبيع[2] .

ووفقا لمبدأ حسن النية يلتزم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا بل قد يجبر على ذلك .

ويلتزم المدين بمقتضى هذا المبدأ بتعويض الدائن عما يكون قد أنفقه في سبيل الشيء محل العقد ، اذا ما ابطل هذا العقد فيما بعد وكان ما انفقه الدائن قد زاد في قيمة هذا الشيء ، وهكذا فقد رأى المجلس الأعلى في قرار له أن المشتري ذا النية الحسنة الذي يعطي زيادة مهمة في القيمة للملك المكتسب أثر المصاريف الضخمة التي قدمها له الحق في المطالبة بتعويض مناسب للتحسينات التي أتى بها في الأصل في حالة ابطال البيع[3] .

1) حسين عامر / التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود /مصر 1960/ص 82 .

2) حيث تنص هذه المادة على مايلي : " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع الى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا " .

3) قرار المجلس الأعلى في 8 يونيو 1969 ، وتتلخص الوقائع في أن (ل ٠ ب) طعن بطريق النقض في قرار صدر في 20 ديسمبر 1967 من مجلس قضاء ورقلة قضى لصالح فريق (س) بتأييد حكم صدر من محكمة أول درجة في 20 يناير 1966 لكونه أبطل البيع محل النزاع وقضى بنقض ذلك الحكم فيما زاد على ذلك ، لفرضه أنه يجب على المستأنف أن يرجع البستان الذي اشتراه وكذلك الثمار التي حصل عليها منذ شرائه مع احتفاظه بالحق

ونتيجة لمبدأ حسن النية فانه يجب أن ينفذ العقد بمستلزماته ، وليس بما ورد فيه من عبارات فحسب ، وهذا وفقا للقانون والعرف والعدالة .

ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ".

فحسن النية يستلزم تنفيذ العقد بما تتحقق به مصلحة طرفيه ومستلزمات العقد تزيد من قيمة محل هذا العقد ، بل قد تكون ضرورية في تنفيذ العقد ، كما هو الحال عليه بالنسبة لتسليم الأوراق الضرورية للسيارة الى المشتري ، والذي يقع على بائع السيارة ، فهذه المستلزمات تكون جزءا من الاتفاق وتلزم المتعاقدين كما لو كانت ارادتاهما قد اتجهتا اليها ، اذ ليس في استطاعة المتعاقدين الالمام بكل مضمون الاتفاق ، ومن ثم فان ارادتيهما لا تفسران كل مضمون الاتفاق[1] .

وقد يلجأ الى القانون لاستكمال آثار العقد ، أو الى العرف أو الى العدالة .

ومن مستلزمات العقد الالتزام بالسلامة في بعض العقود ، كعقد النقل ، حيث يلتزم أمين النقل الى جانب الالتزام بتوصيل المسافر الى جهة الوصول في الميعاد المحدد بضمان سلامة هذا المسافر أثناء السفر[2] ، واذا ما لحقه ضرر التزم الناقل بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية العقدية .

= في المطالبة باسترداد ثمن البيع والفوائد المستحقة ، ولكن كما يرى المجلس الأعلى أن المشتري كان جاهلا للحبس المترتب على البستان الذي اشتراه عن حسن نية ، وأثناء الحيازة التي دامت أكثر من 30 سنة قام هذا المشتري بنفقات ضخمة لا ينكرها المدعى عليهم ، ولهذا قرر المجلس الأعلى نقض القرار الصادر من مجلس ورقلة .
أنظر قرار المجلس الأعلى في 8 يونيو 1969 / مجموعة الأحكام / المجموعة الأولى / ج2 / ص 261 .

1) د جيفارا / أشار اليه عبد الرحمن عياد / أساس الالتزام العقدي / الاسكندرية 1972 / ص 110 .

2) محمود جمال الدين زكي / مشكلات المسؤولية المدنية / ص 233 .

وقد قرر المجلس الأعلى في هذا الشأن بأن ناقل المسافرين يضمن سلامة المسافر ، ولا يجوز اعفاؤه من هذه المسؤولية الا اذا أثبت ان الضرر سببه القوة القاهرة أو خطأ المسافر وأنه لم يكن يتوقعه ولم يكن في استطاعته تفاديه .

وذلك بعد أن رجع بعض المسافرين الى عربات القطار بعد النزول منها ، فاعتبر المجلس أن ذلك أمر متوقع ويمكن تفاديه عن طريق الاعتناء الكامل من طرف حارس المحطة الذي عليه الا يعطي اشارة انطلاق القطار الا بعد التأكد من نزول كل المسافرين وغلق أبواب القطار.(1)

وكذلك الشأن في عقد العمل الذي يلتزم فيه رب العمل بسلامة العامل من حوادث العمل ، بحيث يكون عليه أن يتخذ من الوسائل مايقي العامل ويحميه ، ويلتزم العامل بعدم افشاء سر العمل ، وبالامتناع عن منافسة رب العمل فيما يقوم به .

وقد راعى المشرع مصلحة المتعاقد حسن النية ، وقرر حمايته في الكثير من الأحيان ، وهكذا فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما سوى بتعويض الضرر المتوقع دون الأضرار غير المتوقعة في المسؤولية العقدية.(2)

وكذلك فان المدين البائس الذي يكون في حالة لايمكنه معها تنفيذ التزامه أجاز المشرع اعطاءه مهلة للوفاء مراعاة لمصلحته.(3)

وهكذا يتضح بأن حسن النية يعد قيدا هاما يرد على دور الارادة في تنفيذها للعقد .

1) قرار المجلس الأعلى رقم 29 274 بتاريخ 1983/3/30 . مشار اليه في نشرة القضاة العدد الثاني / وزارة العدل 1975 /ص 64 .

2) حيث قضت المادة 182 في فقرتها الثانية بما يلي : " غير انه اذا كان الالتزام مصدره العقد فلايلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " .

3) فقد قررت المادة 411 من قانون الاجراءات المدنية مايلي : " يجوز لرئيس الجهة القضائية أن يمنح المدين البائس وحسن النية مهلة للوفاء باستثناء قضايا السفاتج (أوالكمبيالات) ولا يجوز أن تزيد هذه المهلة عن سنة " .

المطلب الثاني : عدم جواز التعسف في استعمال الحق في المجال العقدي .

ان الحقوق شرعت لتحقيق مصالح معينة ، وبالتالي فلا يجوز للشخص أن يسعى الى تحقيق مصالحه بطريقة لا تتفق مع الغاية الاجتماعية التي يتوخاها المشرع من اقراره الحقوق ، والا يكون قد أساء استخدام هذه الحقوق بما يستوجب لومه[1] .

ولهذا نجد المشرع الجزائري يقضي في المادة 41 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " يعتبر استعمال الحق تعسفيا[2] في الأحوال الآتية :

- اذا وقع بقصد الاضرار بالغير .
- اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .
- اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة " .

---

1) ويرى (ايهرنج) في هذا الشأن أنه " لو ترك كل مالك حرا يأتي مايشاء في ملكه لاستطاع طرد جيرانه وحملهم على أن يبيعوه عقاراتهم بثمن تافه ، بأن يبني مسلخة تفسد رائحتها الهواء ، أو يملأ بئرا بمواد مسممة لأراضي الجيران ، أو مصنعا تسبب ادارته اهتزاز الأرض وسقوط المنازل المجاورة ، أو يقتل الدخان المتصاعد منه مزروعات الجيران أو تمنع الحرارة المتولدة عنه كل اقامة في جيرته ، أو يحفر بالقرب من حائط الجار بما يسبب سقوطه ، وفي كل هذه الأعمال لن يتخطى المالك حدود ملكه " .
مشار اليه في مجلة القانون والاقتصاد / السنة 17 / العدد الأول / 1947 / ص112 .

2) ان نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة عرفها الرومان (حيث قرر الفقيه ايلبيان (Ulpien) ان من حفر بئرا في أرضه وقطع بذلك عروق عين لجاره لا يكون مسؤولا عن تعويض الضرر ، لكن اذا كان هذا الحفر يؤدي الى سقوط حائط هذا الجار فيسأل ، وقد توسع القانون البريتوري في هذه النظرية) .
أما في الفقه الاسلامي فقد عرفت هذه النظرية ، بحيث ان هذا الفقه كان متشبعا بروح التعاون والرفق والاحسان وبالتالي فلا يبيح التعسف .
وقد عرفت في القانون الفرنسي القديم حيث ذهب (دوما) الى أن الشخص اذا ما قصد الاضرار بالغير ولم تكن له مصلحة في ذلك فيكون متعسفا في استعمال حقه .
وقد كان للقضاء والفقه في فرنسا دور في احياء هذه النظرية التي لم يفرضها المشرع الفرنسي . وهكذا فقد أدانت محكمة (كولمار) الفرنسية في حكمها الصادر في 2/5/1855 مالكا كان قد أقام مدخنة فوق سطح منزله ليحجب النور عن جاره ـــ

ووفقا لهذا فانه لا يجوز للمتعاقد أن يتعسف في استعمال حقه في المجال العقدي ، وهكذا فالمؤجر الذي يريد اخراج المستأجر في اليوم الذي انتهت فيه اجارته ، بالرغم من أن المستأجر يكون في حالة مرضية لا تسمح له بالانتقال الفوري ، وذلك بشهادة الاطباء ، ولم يكن المؤجر مضطرا لتسليم المنزل الى آخر ، هذا المؤجر يكون متعسفا في استعمال حقه بتخلية المكان .

وبالنسبة لعقد العمل فانه يكون لطرفيه تجديده أو انهاؤه لكن اذا أنهي هذا العقد بدون سبب يبرر ذلك من أحد المتعاقدين كان ذلك تعسفا[1] ، وخاصة اذا ماكان العقد غير محدد المدة .

وقد ذهب المشرع الجزائري الى عدم امكانية انهاء هذا العقد الا لسبب وجيه[2] .

ومنع المشرع التعسف في استعمال الحق في هذا المجال وهكذا فلم يجز التسريح الذي يتعرض له العامل بغير سبب يبرر ذلك ، فاذا تبين أن رب العمل كان متعسفا في حق التسريح فان هذا الاجراء لا يعتد به ويعاد العامل الى مكان عمله[3] .

= وكان هذا أول حكم يتعرض للتعسف ، وفي عام 1871 قررت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في حكم لها بهذا الشأن ، لكن الفقه لم يبد اهتمامه بهذه النظرية الا في أواخر القرن التاسع عشر ، ومع ذلك كان هناك خصوم لهذه النظرية من الفقهاء الفرنسيين مثل (بلانيول) الذي ذهب الى أن " التعسف في استعمال الحق انما هو خروج عن الحق فلا يصح أن يكون العمل الواحد متفقا مع القانون ومختلفا معه في آن واحد " . وقد أخذ بهذه النظرية التشريع المصري في المادة 5 من القانون المدني المصري

1) مصطفى الجمال /الانهاء غير المشروع لعلاقات العمل /بيروت 1970 /ص13 ومابعدها .

2) حيث نصت المادة 36 من الأمر رقم 75- 31 المؤرخ في 29 أفريل 1975 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، على مايلي : " لا يجوز لصاحب العمل انهاء علاقة العمل الا لخطأ خطير " .

3) المادة 79 من القانون رقم 82- 06 المؤرخ في 27 فبراير 1982 المتعلق بعلاقات العمل الفردية ، والمادة 43 من أمر 29 أفريل 1975 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص ، حيث تقضي هذه المادة بمايلي : " كل تسريح تعسفي أو تم خلافا لأحكام هذا الأمر يعد باطلا ، ويأمر القاضي بادراج العامل =

وقد ذهب القضاء هو الآخر الى تقرير جزاء بالنسبة لرب العمل اذا كان متعسفا ، وهكذا قضت محكمة (شلغوم العيد) في حكم لها بادراج العامل الذي سرح بدون سبب يستوجب ذلك ، ودفع الراتب الشهري له من تاريخ توقيفه الى تاريخ ارجاعه[1] .

ورأت محكمة النقض الفرنسية بأن رب العمل الذي يبعد رئيس مصلحة (Chef de Service) له أقدمية ثمانية عشر سنة في هذه المؤسسة بطريقة كيدية يعد مخطئا في حق الشرف والنزاهة والاستقامة[2] .

وكذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح العامل الذي لم يمكنه رب العمل خلال الفترة المتفق عليها من العمل وأنهى بدون سابق اخطار عقد العمل ، فاعتبرت المحكمة هذا الانهاء تعسفيا وقضت للعامل بالتعويض[3] .

وقررت محكمة القاهرة الابتدائية بأنه ليس لرب العمل أن يفصل العامل الذي يشتغل لديه بعقد غير محدد المدة ، الا أن يكون ذلك بناء على سبب مقبول يبرر هذا الفصل ، وبشرط اعطائه مهلة والا ألزم بأجره عن هذه المهلة فضلا عن تعويضه عما أصابه

= من جديد في عمله الأصلي بقطع النظر عن الاضرار المترتبة له من جهة أخرى ، واذا عارض صاحب العمل الادراج الفعلي المقرر من طرف القاضي يستمر العامل في الاستفادة من مجموع الحقوق الناتجة عن علاقة العمل" .

1) حكم لمحكمة شلغوم العيد في قضية رقم 83/21 بتاريخ 1984/3/17 . مشار اليه في نشرة القضاة / العدد الرابع/وزارة العدل/أكتوبر 1986/ص 81 .

2) حكم لمحكمة النقض الفرنسية في 6 مارس 1969 في قضية تتلخص وقائعها في أن عاملا في مؤسسة تلقى خطابا اعلم فيه بقرار يقضي بتوقيفه عن العمل دون سابق انذار ، وبدون خطأ ارتكبه ، فاعتبرت المحكمة هذا العامل ضحية الغاء تعسفي لعقد العمل ، مقررة بأن رب العمل قد تصرف بخفة وطيش يستوجبان اللوم في ابعاده لهذا العامل الذي له أقدمية ثمانية عشر عاما في هذه المؤسسة . أشار اليه : Danilo llanos loyza,OP-CIT .

3) حكم محكمة النقض الفرنسية في 3 نوفمبر 1973 . مشار اليه في : Gazette de Palais , 1973 ,P.(145)

من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفيا[1] .

هذا وقد يعطي القانون لأحد المتعاقدين أحيانا الاستقلال بانهاء العلاقة التعاقدية ، لكن اذا ما كان ذلك الانهاء بدون سبب مشروع عدّ ذلك تعسفا .

فاذا كان للموكل أن ينهي الوكالة ويعزل الوكيل ، فانه اذا كانت الوكالة بأجر وكان العزل في وقت غير مناسب التزم الموكل تجاه الوكيل بالتعويض[2] .

كذلك الحال بالنسبة لعقد الزواج ، فاذا كان من حق الزوج أن يطلق زوجته فانه اذا ما استعمل هذا الحق بدون سبب مشروع ، وأصيبت الزوجة من جراء ذلك بضرر كان هذا الطلاق تعسفيا ، ويجوز للزوجة أن تطالب مطلقها بتعويض مناسب جزاء تعسفه[3] .

فعدم التعسف في استعمال الحق في المجال العقدي اذن يرد كقيد على دور الارادة في تنفيذ العقد ويحد منه .

1) حكم محكمة القاهرة الابتدائية ماي 1950 .
أشار اليه حسن عامر /التعسف في استعمال الحق والغاء العقود /مطبعة مصر 1960 .

2) تنص المادة 587 من القانون المدني الجزائري على مايلي : " يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، فاذا كانت الوكالة بأجر فان الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول " .

3) اذ تقضي الفقرة الأولى من المادة 52 من قانون الأسرة بمايلي : " اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " .

الفصل الثاني : التدخل في تنفيذ العقد أو لانهائه .

اذا كان من حق المتعاقدين أن يقوما بتنفيذ العقد وفق ما اتفقا عليه ، الا أنه يمكن للقاضي أن يساهم في تنفيذ العقد أو ينهي العلاقة التعاقدية ، فاذا ما كان هناك نص أو غموض جاز للقاضي التدخل في العقد لتكملة ارادة المتعاقدين ، وقد يترك المشرع للقاضي سلطة تقديرية في بعض الأمور يكون له بموجبها أن يتدخل لبجرى رأيه فيها .

وقد لا يكتفي المشرع بامكانية التدخل في العقد لتنفيذه بل يجعل العقد باطلا ولاينتج أي أثر بالرغم من اتفاق الطرفين على احداث أثر قانوني معين من العلاقة التعاقدية التي تقوم بينهما ، فيكون للقاضي في هذه الحالة أن يبطل العقد ، وذلك اما لمخالفته النظام العام والآداب ، أو في حالات أخرى اشترط فيها المشرع شروطا معينة لم تتوافر في العقد المبرم بين الطرفين .

ولهذا سنتعرض في مبحث أول الى التدخل في تنفيذ العقد وفي مبحث ثان الى التدخل في العقد لانهائه .

المبحث الأول : التدخل في تنفيذ العقد .

أحيانا بسبب اتفاق المتعاقدين نقص أو لا يمكنهما الاتفاق على جميع المسائل ، فيعطي المشرع حينئذ للقاضي امكانية التدخل في العقد لتكملة ما نقص منه ، وأحيانا أخرى لا يمكن للمتعاقدين تقدير بعض الأمور الخاصة باتفاقهما ، فيمنح المشرع القاضي سلطة تقديرية في بعض المسائل التي له وحده تقديرها .

المطلب الأول : دور القاضي في تكملة ارادة المتعاقدين .

لقد كان موضوع تدخل القاضي في العلاقة التعاقدية مثار جدل كبير بين منكر لهذا التدخل حماية للحرية الفردية واحتراما لسلطان الارادة المتعاقدين ، وبين مؤيد لتدخله على أساس تحقيق نوع من العدل والمساواة بين المتعاقدين ولتحقيق مصالح المجتمع في النهاية .

ان الأشخاص يريدون الحرية والعدل والمساواة في نفس الوقت فهم يفسرون الحصول على مايريدونه بالحرية ويحطمون بكل مايتحقق بالعدل، وهذا مايؤدي الى افساد في المعاملات واشارة للخصومات[1] فتحقيق العدل والمساواة يستدعي التضحية ببعض هذه الحرية.

ان منكري تدخل القاضي في العقد يرون ان في تدخله ذلك مساسا بارادة الطرفين التي يجب أن تحترم، فلا بد من أن يترك الأشخاص ينظمون علاقاتهم بحرية، وفقا للشروط والأوضاع التي يرونها كفيلة بتحقيق مصالحهم.

فالعقد عند بعضهم ماهو الا مخاطرة (Risque)[2] فاذا فاذا ما تم هذه المخاطرة بدقة كان للمتعاقد ما ينتج عنها من أرباح بل وخسارة، أما اذا لم يتم حسابها تحمل المتعاقد نتيجة ذلك مهما كانت الخسارة التي ترتبت عن ذلك، ولا يمكن بالتالي التدخل في هذا العقد أو هذه (المخاطرة)، وان أي تدخل لا يكون في مصلحة الجميع.

وذهب بعض الفقهاء[3] الى محاولة التخفيف من الرأي الذي كان لا يقبل تدخل القاضي في العقد بأية صورة كانت، فأجازوا تدخل القاضي في شروط العقد في حالة التفسير، وذلك حينما تكون النصوص التي يحاول تفسيرها غامضة، أو يكون هناك نقص في العقد يتدخل لتكملته.

وفي مقابل ذلك ذهب بعض المؤيدين لتدخل القاضي في العلاقة التعاقدية الى اعطائه دورا كبيرا في ذلك يتعدى أحيانا وظيفته.

---

1) عبد السلام الترمانيني / سلطة القاضي في تعديل العقد / المحاماة / السنة 49 (العدد) ص 299 وما بعدها
Jean Deprey, la crise du Con trat et la pen ...
Juridique contemporaine

2) أشار اليه حسب الرسول الشيخ الفزاري / أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي / رسالة دكتوراه / الاسكندرية 1979 / ص 477.
Boris Starck, Droit Civil 1919 P. 568

3) أشار اليه حسب الرسول الشيخ الفزاري / المرجع السابق / ص 477.

وفي هذا المجال يرى (عبد المنعم عبد العظيم جيزة) مايلي :

" اذا سلمنا بأن المشرع الوضعي مهما بلغ من سعة الأفق ومهما أوتي من نفاذ البصيرة سيظل عاجزا عن أن يتصور كل ما تقرره الحياة الاجتماعية في تطورها السريع والمعقد من علاقات ، وكل ماسينشأ داخل المجتمع من منازعات ، واقترن ذلك بالزام القاضي بالفصل فيما يعرض عليه من خصومات ، وعدم قبول عذره بنقص التشريع أو غموضه أصبح لامناص من الاعتراف للقاضي بحقه في صنع قاعدة الخصوصية ليتدارك مايشوب من نقص ويستكمل مايعتريه من قصور ، ويكشف مايحيط به من ابهام أو غموض" [1] .

ويبدو أن في هذا مبالغة في الاعتداد بدور القاضي وامكانية تدخله لوضع القواعد القانونية والذي يكون من اختصاص المشرع ، وفي هذا خلط بين وظيفة القاضي ووظيفة المشرع وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أعطى للقاضي امكانية التدخل في العقد لتكملة ارادة المتعاقدين ، وهكذا فقد أجاز له أن يتدخل عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية التي يرجئها المتعاقدان ليتفقا عليها فيما بعد ، فيتدخل القاضي وفقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة ليرى حكمه فيما لم يتفق عليه الأطراف [2] .

كذلك فقد أجاز المشرع للقاضي امكانية التدخل في العقد لتفسيره ، اذا كانت عبارته غامضة ، فهو يحاول ازالة هذا الغموض والكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين مستعينا

---

1) عبد المنعم عبد العظيم جيزة / دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية ، أو الدور الخلاق للقاضي المدني /مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم/جامعة القاهرة 1982/ص205 .

2) ويرى عبد الرزاق السنهوري في هذا المجال أن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان بل يجاوز ذلك الى تدبير ما اختلفا فيه ، فهو اذن يساهم في العقد .
عبد الرزاق السنهوري /الوسيط في شرح القانون المدني /ج1/ ص 218 .

في ذلك ليس فقط بالارادة الباطنة المؤكدة ولا بالتعبير الرئيسي عن هذه الارادة ، بل اضافة الى ذلك بأمور وظروف خارجية عن الاتفاق وفي هذا تنص المادة 111 الفقرة الثانية (ق.م ج) على ما يلي : "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

وقد يتدخل القاضي ويحل حكمه محل ارادة الطرفين أو أحدهما ، ففي الوعد بالتعاقد اذا ما نكل أحد المتعاقدين بعد ان اتفق مع الطرف الآخر على ابرام عقد في المستقبل فانه يجوز لهذا الطرف أن يرفع دعوى الى القضاء ، ويحل حكم القاضي محل العقد ويعتبر العقد قد تم بذلك[1].

كذلك الحال اذا ماكان الالتزام الذي يقع على المدين التزاما بالقيام بعمل معين ولم يقم به هذا الأخير فيجوز للدائن بأن يطلب من القاضي ترخيصا بالقيام بهذا الالتزام على نفقة المدين اذا ماكان التنفيذ العيني ممكنا[2].

المطلب الثاني : ترك السلطة التقديرية للقاضي في بعض المسائل .

لقد منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية أحيانا ، فيتدخل في العقد بمقتضى هذه السلطة التقديرية المخولة له ، ويكون بذلك قيدا على ارادة المتعاقدين .

وهكذا فبالنسبة لآجال الدين ، فان للقاضي أن يعين

---

1) حيث تنص المادة 72 من القانون المدني الجزائري على مايلي : "اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة مايتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد".

2) تقضي المادة 170 من القانون المدني الجزائري بما يلي : "في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا".

الاجتماعية[1].

وذهب المشرع الى منع استخدام أو تشغيل أي أجنبي يكون بدون رخصة عمل[2].

كما يحظر على كل أجنبي أن يمارس أي نشاط صناعي أو تجاري أو فني من غير أن يثبت حيازته لبطاقة مهنية أو لرخصة تقوم مقام هذه البطاقة[3].

ويعتبر البيع الذي يكون الأجنبي طرفا فيه باطلا ، مالم يحصل المتعاقدان في سبيل ذلك على رخصة من البنك المركزي ، ويشترط هذا الاجراء اذا ماكان المبيع عقارا يملكه أجنبي في الجزائر ، وهذا طبقا لمرسوم 21 جانفي 1972.

فكل هذه الاجراءات التي فرضها المشرع تعد قيدا على حرية الارادة ، في انشائها للعقود .

المطلب الثاني : اشتراط التسليم في العقود العينية.

هناك عقود أستلزم فيها المشرع تسليم الشئ الذي يكون موضوع الاتفاق كركن لقيام هذه العقود التي يطلق عليها العقود العينية ، والتي اذا لم يتم التسليم فيها تعتبر باطلة ، ويوجد في القانون المصري هبة المنقول ويشترط التسليم فيها[4].

وقد أورد المشرع الفرنسي بعض العقود العينية كالقرض ، والوديعة ، والعارية ، والرهن الحيازي .

---

1) حسب ما تقضي به المادة الأولى من الأمر رقم 71- 60 المؤرخ في 5 أغشت 1971 المتعلق بشروط استخدام الأجانب ،اذ نصت على مايلي: " مع مراعاة الأحكام المخالفة لهذا الأمر والواردة ضمن اتفاقية اليد العاملة المبرمة بين الجزائر والدولة التي ينتمي اليها الأجنبي فانه ينبغي على أي أجنبي يرغب في ممارسة نشاط مأجور في الجزائر أن يكون حائزا لرخصة عمل مسلمة من وزارة العمل والشؤون الاجتماعية".

2) حيث قضت المادة 138 من الأمر المتعلق بعلاقات العمل في القطاع الخاص بمايلي: " يمنع استخدام أو تشغيل أجنبي لا يحمل رخصة عمل سارية المفعول،كما يمنع استخدام أو تشغيل أجنبي في ولاية غير الولاية المذكورة في رخصة عمله ،أو في وظيفة غير الوظيفة المذكورة في رخصة عمله".

3) الامر رقم 66- 211 المؤرخ في 21 يوليو 1966 ،المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر.

4) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني/ ص154 . وأنظر جمال الدين زكي / الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني/ المرجع السابق /ص47 . وجميل الشرقاوي النظرية العامة للالتزام /ص56 . وعبد الودود يحي /المرجع السابق /ص 20 . وأنظر —

أما في القانون الجزائري فالظاهر أنه لا يوجد عقد عيني ، سوى ما أتى به المشرع في قانون الأسرة[1] وفي المادة 206 بخصوص عقد الهبة .

حيث تنص هذه المادة على مايلي : " تنعقد الهبة بالايجاب والقبول وتتم الحيازة[2] ، ومراعاة قانون التوثيق في العقارات والاجراءات الخاصة في المنقولات " . وتضيف الفقرة الثانية " واذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " .

فقد ذهب المشرع الجزائري الى اعتبار هذا العقد عينيا ، اذا ما كان واردا على منقول ، اذ أن عبارة (وتتم بالحيازة) أي أن الحيازة تعد ركنا لقيام هذا العقد واذا لم تتم اعتبر باطلا وفقا للفقرة الثانية من هذه المادة .

واذا ماورد عقد الهبة على عقار وجب توثيقه طبقا للمادة 12 من قانون التوثيق .

هذا وقد رأى المشرع الاستغناء عن الحيازة في الهبة في حالة ما اذا كان الواهب هو ولي للموهوب له أو زوجه ، أو اذا ما كان الشيء الموهوب مشاعا ، وجعل التوثيق والاجراءات الادارية كافية في هذه الحالة[3] .

فاشتراط التسليم في هذا العقد يعد قيدا على ارادة المتعاقدين في اجرائهما لهذا التصرف .

— المادة 2/488 من القانون المدني المصري التي نصت على مايلي : " ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية " .

[illegible]

1) قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة .

2) يبدو أن الصواب في عبارة (وتتم الحيازة) هو (وتتم بالحيازة) أي أن الحيازة تعد ركنا في هذا العقد ، وهذا مايظهر واضحا في النص الفرنسي لذات المادة "L'acte de donation se forme par l'offre et l'acceptation et se compléte par la prise des possessions ..."

3) حيث تقضي المادة 208 من قانون الأسرة بما يلي : " اذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فان التوثيق والاجراءات الادارية تغني عن الحيازة " .

ميعادا مناسبا لحلول الأجل اذا تبين له من الالتزام أن المدين لايستطيع القيام به الا عند الميسرة[1] .

فاذا ما كانت ظروف المدين لا تسمح بالوفاء عند حلول الأجل المتفق عليه للقاضي أن يمنحه مدة يتسطيع خلالها أن يقوم بتنفيذ التزامه ، فللقاضي سلطة في تقدير هذه المهلة على أن لا تزيد عن سنة واحدة .

واذا كان في هذا مراعاة لمصلحة المدين ، فانه في نفس الوقت تراعي مصلحة الدائن ويتجلى ذلك في تحديد مدة الامهال بسنة ، اضافة الى ذلك فقد اشترط المشرع عناية الرجل الحريص على الوفاء بالنسبة للمدين في أدائه لالتزامه .

كذلك فقد تركت للقاضي سلطة تقديرية في تعديل مبلغ التعويض الاتفاقي ، أو الشرط الجزائي وذلك بانقاصه أو الزيادة منه .

فاذا ما اتفق الطرفان على تحديد مبلغ التعويض مسبقا دون تركه للقاضي ، جاز لهذا الأخير أن يتدخل لتعديله اذا ما وجدت مبررات لذلك .

---

1) اذ نصت المادة 210 من القانون المدني الجزائري على مايلي : " اذا تبين من الالتزام أن المدين لايقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة ، عيّن القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل ، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه " .
وقضت المادة 281 من القانون المدني الجزائري بمايلي : " غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفو التنفيذ مع ابقاء جميع الأمور على حالها " .
ونجد أن حكم هاتين المادتين يتفق مع ماجاء في المادة 411 من قانون الاجراءات المدنية ، حيث قررت هذه المادة مايلي : " يجوز لرئيس الجهة القضائية أن يمنح المدين البائس وحسن النية مهلة للوفاء باستثناء قضايا السفاتج (الكمبيالات) ولا يجوز أن تزيد هذه المهلة عن سنة " .

فله أن ينقص منه اذا كان المبلغ المتفق عليه مبالغا فيه الى حد كبير ، بحيث يكون هذا المبلغ أكبر بكثير من مقدار الضرر ، أو حينما ينفذ المدين جزء من الالتزام بحيث يكون له أن ينقص مع المبلغ المتفق عليه بالقدر الذي نفذ الالتزام فيه (1) .

وللقاضي أيضا أن ينقص من مبلغ التعويض الاتفاقي أو لا يقضي به في حالة ما اذا ثبت بأن الدائن حين مطالبته بحقه قد تسبب بسوء نية في اطالة أمد النزاع (2) .

كما ان للقاضي أن يزيد من مبلغ الشرط الجزائي اذا كان الضرر أكبر من المبلغ المتفق عليه ، على شرط أن يكون المدين

---

1) حيث قضت المادة 184 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري بما يلي :
" ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه " .
بل لقد جعلت هذه المادة أحكامها من النظام العام ، حيث نصت الفقرة الأخيرة منها على مايلي : " ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه" .

2) حيث تقرر المادة 187 من القانون المدني الجزائري مايلي : " اذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه في اطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به اطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر" .
ويبدو ان هذه المادة في غير موضعها الصحيح ، ذلك لأن المشرع نص على التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) في المواد 183 . 184 . 185 . من القانون المدني الجزائري ، ونص على حكم التعويض القانوني في المادة 186 من هذا القانون ، (واشترط المشرع أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود وأن يكون هذا المبلغ معين المقدار ويتأخر المدين في الوفاء ويسبب ذلك ضررا للدائن) .
ثم عاد المشرع مرة أخرى وفي المادة 187 الى التعويض الاتفاقي واطالة أمد النزاع فيه .
وهذا في الواقع ما أتى به المشرع المصري ، لكن هذا الأخير وفي المادة 229 من القانون المدني المصري (والتي تقابل المادة 187 من القانون المدني الجزائري) أجاز للقاضي تخفيض الفوائد (قانونية كانت أو اتفاقية) وليس مبلغ التعويض الاتفاقي وهذا ما ينسجم مع النصوص السابقة للمادة 229 ... (المواد 226 . 227 . 228) من القانون المدني المصري الخاصة بالفوائد ، ويبدو أن موضع المادة 187 من القانون المدني الجزائري هو قبل المادة 186 وليس بعدها ، حتى تنسجم بذلك النصوص .

قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما [1] ، بل له الا يحكم بهذا التعويض وذلك في حالة ما اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر [2] .

ويجوز للقاضي أن يتدخل في عقد الوكالة اذا ما كانت بأجر ليخفض هذا الأجر اذا كان مبالغا فيه ، بله أن يزيد منه [3] .

فاذا اتفق المتعاقدان على مقدار الأجر قبل أن ينجز الوكيل مهمته ، فقد يظهر بعد انجاز المهمة أنهما أخطآ في تقدير هذا المقدار ، فلهذا أجاز القانون للقاضي أن يتدخل ليصحح هذا الخطأ ، وجعل مقدار الأجر خاضعا لتقديره [4] .

وحين يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه ، وحتى يقوم بما التزم به ، فقد قرر المشرع حكما كان القضاء قد أنشأه ، هذا الحكم هو التهديد المالي [5] .

فبواسطة هذه الوسيلة يستطيع القاضي بطلب من الدائن أن يحكم بمبلغ معين عن كل تأخر للمدين عن الوفاء مع الزامه بتنفيذ ما التزم به ، وقد يذعن المدين تحت هذا التهديد الذي يمكن للقاضي

---

1) تنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري على أنه: " اذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما " .

2) وهذا طبقا للمادة 184 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى : " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر " .

3) حيث تقضي الفقرة الثانية من المادة 581 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " فاذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي الا اذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة " .

4) عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني/ ج7/ المقاولة والوديعة والوكالة والحراسة / ص 525 .

5) نفضل هذه التسمية على اصطلاح (الغرامة التهديدية) التي تستعملها معظم الكتب وحتى التشريعات ، وهذا منعا للالتباس بينها وبين الغرامة التي هي جزاء جنائي أي عقوبة ، حين أن التهديد المالي القصد منه اجبار المدين على الوفاء .
وعلى كل فللتهديد المالي شروط وأحكام لم نر داعيا لذكرها لعدم حاجتنا الى ذلك .

أن يزيد فيه كلما رأى ضرورة لذلك[1] .

فللقاضي أن يحكم بالتهديد المالي ، وله سلطة تقديرية في ذلك دون رقابة من المجلس الأعلى[2] ، الا ما تعلق بضرورة توافر شروط تطبيق التهديد المالي .

واذا ما تعنت المدين أو أصر على عدم التنفيذ جاز للقاضي أن يزيد من مبلغ التهديد[3] ، ولعل الفائدة من التهديد المالي تظهر في اعطاء سلطة للقاضي في الزيادة من مبلغ التهديد ، وهذا مايثير مخاوف المدين من ارتفاع المبلغ فيعمد الى التنفيذ .

هذه اذن بعض الأمور التي تركت فيها لسلطة للقاضي في تقديره لها ، ويعد ذلك تدخلا من القاضي في العلاقة التعاقدية يحد من ارادة المتعاقدين ودورها في ذلك .

---

1) حيث تنص المادة 174 من القانون المدني الجزائري على مايلي : " اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة اجبارية ان امتنع عن ذلك . واذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة " .

2) محمد حسنين /الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري / المؤسسة الوطنية للكتاب / الجزائر 1983 / ص 251 .

3) تقضي المادة 175 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " اذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين " .

المبحث الثاني : التدخل في العقد لانهائه .

قد يرى المشرع انهاء العقد على الرغم من أنه تم بتوافق ارادتي طرفيه ، واتجهت هاتان الارادتان الى ترتيب آثاره وتنفيذه .

ذلك أنه لأسباب يرى المشرع انها ضرورية ، لا ينتج هذا العقد أثره وبالتالي يكون باطلا .

فاذا لم يكن العقد متفقا مع قواعد النظام العام والآداب في المجتمع لم يكن هذا العقد صحيحا منتجا لآثاره ، وبالتالي يقضي ببطلانه .

وهناك حالات أخرى ينتهي بها العقد بالرغم من ارادة الطرفين أو ارادة أحدهما .

وسنعرض لحالة انهاء العقد بسبب مخالفته للنظام العام والآداب في مطلب أول . على أن نعرض لانهاء العقد لأسباب أخرى في مطلب ثان .

المطلب الأول : انهاء العقد بسبب مخالفته للنظام العام والآداب العامة .

اذا كان للمتعاقدين أن ينشئا العقود ويقوما بتنفيذها ، فان ذلك يجب أن يتم في اطار النظام العام والآداب ، فحيث يتعلق الأمر بالنظام العام والآداب تتقيد ارادة الأطراف .

ان هذه الفكرة تعد من أهم القيود التي ترد على دور الارادة في العقد وهي فكرة مرنة واسعة تختلف من مجتمع لآخر ، بل وفي اطار المجتمع الواحد فانها تتغير بتغير الزمان .

ويعبر عن النظام العام بأنه مجموعة الأسس الجوهرية الموجودة في مجتمع من المجتمعات والتي يقوم عليها هذا المجتمع ، سواء كانت هذه الأسس سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية[1] .

1) وان كان الجانب الخلقي من النظام العام هو الآداب العامة ، كما سيتضح فيما بعد .

والنظام العام يتسع في المجتمع الاشتراكي ، حتى يكاد يهيمن على النظام القانوني كله ، ولا يكاد يخرج أي نشاط أو تصرف خاص عن نطاقه[1] .

والقواعد المتعلقة بالنظام العام قواعد آمرة[2] ، لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الخروج عما تقرره .

فقواعد القانون العام جميعها تتعلق بالنظام العام ولهذا فلا يمكن للأشخاص الاتفاق على مخالفتها .

أما قواعد القانون الخاص، فان الجانب المتعلق بالأحوال الشخصية منها يتصل بالنظام العام ، وبالتالي فلا يجوز للأشخاص أن ينشئوا عقودا ، ولا أن يقوموا باتفاقات تخالف ما قرره المشرع في هذا الشأن ، فلا يجوز مثلا الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية[3] ، وتعتبر القواعد التي تحكم علاقة الشخص بأسرته من النظام العام ، وعليه فلا يجوز للأفراد الاتفاق على تعديل الآثار المترتبة عن عقد الزواج ، كالاتفاق على ما يرتبه الزواج من نفقة وحقوق وواجبات تقع على كل من الزوج والزوجة[4] .

أما فيما يخص المعاملات المالية فان جانبا من القواعد التي تحكم هذا النوع لا تتعلق بالأسس الجوهرية الموجودة في المجتمع

---

1) محمد عصفور /الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي / ط1 / القاهرة 1961 ص 125 .

2) قواعد القانون قد تكون آمرة ، وقد تكون مكملة أو (مقررة) ، فالقواعد الآمرة هي تلك القواعد التي لا يجوز للأشخاص الاتفاق على خلاف ما تقرره ، وذلك لتعلقها بالنظام العام .
أما القواعد المكملة ، فهي تلك القواعد التي يمكن للأشخاص أن يتفقوا على خلاف ما تقرره .

3) حيث تنص المادة 461 من القانون المدني الجزائري في هذا المجال ما يلي : "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية" .

4) أنظر في حقوق وواجبات الزوجين المواد (36 ، 37 ، 38 ، 39) من قانون الأسرة الجزائري .

ولهـذا يكـون للأشخـاص أن يتفقـوا في مجالهـا ضمـن الحـدود التي يرسمهـا القانـون ، فللشخـص أن يتصـرف في ملكـه ، وأن يعقـد من العقـود ما ينقـل به حقـه الى شخـص آخـر وفقـا لما تقضـي به القوانـين (1).

ولسلامة العقـد وصحتـه ، اشـترط المشـرع عـدم مخالفـة أركـانه للنظـام العـام . فالمحـل الذي يتـفق عليـه المتعاقـدان يجـب أن يكون مشـروعا والا كـان العقـد باطـلا (2)، فارادة الطرفـين تتقيـد بمشروعيـة المحـل وكذلـك الحـال بالنسبـة للسـبب الـذي يقصـده الطرفـان من علاقتهمـا التعاقديـة ، لابد أن يكـون مشـروعا ، والا عد العقـد باطـلا (3).

وقد حظـر المشـرع التعامـل في التـركات المستقبلـة ، واعتـبر ذلـك مخالفـا للنظـام العـام (4) ، والتركـة المستقبلـة هي ماينتظـر أن يتركـه انسـان مازال علـى قيـد الحيـاة ، بعـد وفاتـه والعلـة من تحريم التعامـل في تركـة انسـان على قيـد الحيـاة ، اذا ماكـان صاحـب التركـة هـو الـذي يتصـرف فيهـا هي أن قواعـد الميـراث تتعلـق بالنظام العـام ، وبالتـالي لا يمكـن مخالفتهـا .

---

1) وهذا وفقا للمادة 690 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بما يلي : " يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة" .

2) حيث نصت المادة 96 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا" .

3) اذ قضت المادة 97 من القانون المدني الجزائري بمايلي : " اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا" .
ونعتقد أن المقصود من عبارة (غير مشروع) هو (غير موجود) ذلك لأن عدم مشروعية السبب تترتب حينما يكون مخالفا للنظام العام والآداب ، فلم يكون تكرار عدم المشروعية والمخالفة للنظام العام والآداب ؟ .
ولقد وردت في النص الفرنسي لذات المادة عبارة (بدون سبب) بدل عبارة (سبب غير مشروع) . le contrat est nul lorsqu'on s'oblige(sans cause) ou pour une cause contraire àl 'ordre public ou aux bonnes Moeurs.

4) حيث ذهبت الفقرة الثانية من المادة 92 من القانون المدني الجزائري الى النص على مايلي : " غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، الا في الأحوال المنصوص عليها في القانون " .

أما بالنسبة لتحريم التعامل من طرف شخص غير صاحب التركة كالوارث الاحتمالي ، فالحكمة هي حمايته من نزقه ، اذ قد يلجأ الى بيع التركة بثمن بخس، اضافة الى أن في جواز التعامل في تركة مستقبلة خطرا على حياة المورث نفسه ، وبالتالي فان الميراث لا يستحق الا بموت المورث حقيقة أو حكما[1] .

هذا ويستثنى من التعامل في تركة مستقبلة ما أجازه القانون بنصوص صريحة ، من ذلك اجازته الوصية[2] .

ومع ازدياد تدخل الدولة في الحياة اليومية للأشخاص كثرت القواعد المتعلقة بالنظام العام ، وخاصة مايتعلق منها بالقواعد الاقتصادية فأصبح المتعاقدان ملزمان بضرورة مراعاة هذه القواعد ، ولا يحمي اتفاقهما الا اذا كان في اطار الأسس الاقتصادية التي تقوم عليها الدولة .

وهكذا أصبحت فكرة النظام العام تكاد تمتد أحكامها الى كافة النشاطات التي يقوم بها الأشخاص ، وتعد بمثابة الحاجز المنيع الذي لا يمكن تجاوزه بسبب مايترتب على تعديه من أخطار لا تمس المتجاوز فحسب ، بل كل أفراد المجتمع .

أما الآداب العامة فهي الجانب الأخلاقي من النظام العام وتعرف الآداب العامة بأنها " مجموعة من القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية ، وهذا الناموس هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف ، وتواضع عليه الناس ، وللدين أثر كبير في تكييفه[3] " .

1) اذ تقرر المادة 127 من قانون الأسرة مايلي : " يستحق الارث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي " .
2) أنظر المادة 184 ومابعدها من قانون الأسرة .
3) عبد الرزاق السنهوري / الوجيز في شرح القانون المدني / ج1/ ص 400 .

ولا يمكن للقاضي أن يتبع في تصوره للآداب العامة تصوره هو لما يجب أن تكون عليه الأخلاق ، بل لابد من مراعاة الرأي العام ، ومايشعر به ضمير المجتمع .

وفكرة الآداب نسبية تختلف من مكان لآخر ، وكذا من زمان لزمان آخر ، فما يعد من الآداب العامة في بلد ما قد لا يعد كذلك في بلد آخر ، وحتى في داخل البلد الواحد قد يتغير مفهوم الآداب بمرور الزمن ، فما يكون من الآداب في زمن معين قد يصبح غير ذلك في زمان آخر ، والعكس صحيح ، فقد كان عقد التأمين مخالفا للآداب لكنه الآن لم يعد كذلك ، فنظمته التشريعات واجازته ومنها التشريع الجزائري[1] ، وكان عقد الوساطة في الزواج[2] (COURTAGE Matrimonial) مخالفا للآداب ، لكن القضاء اعترف فيما بعد بمشروعيته . وكذلك الحال بالنسبة للاتفاق الذي يتم بين المسرح وجماعة من الناس يستأجرهم للتصفيق والترويج للمسرحية ويسمون (بالهتافة) ، فمثل هذا الاتفاق لم يكن جائزا ، ولكنه الآن أصبح مشروعا وجائزا .

ولعل أهم مايتعلق بالآداب العامة هي العلاقات الجنسية غير المشروعة ، وكذا المقامرة ، ولهذا فان أي اتفاق يتعلق بعلاقة جنسية غير مشروعة يعد باطلا . ولقد ذهب المشرع الجزائري الى عدم اجازة الاتفاقات المتعلقة بالقمار والرهان[3] .

المطلب الثاني : انهاء العقد لأسباب أخرى .

يجوز للقاضي أيضا أن ينهي العلاقة التعاقدية وذلك اما بناء على طلب أحد المتعاقدين ، أو اذا ما دعت الضرورة الى ذلك .

---

1) أنظر المادة 626 ومابعدها من القانون المدني الجزائري .
2) وهو عقد يقوم فيه شخص مقابل مبلغ من المال بالتقريب بين رجل وامرأة بغية الزواج .
3) حيث قررت المادة 612 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري مايلي : " يحظر القمار والرهان " . غير أنها أجازت الرهان الخاص بالمسابقة ، والرهان الرياضي حيث تضيف الفقرة الثانية من هذه المادة مايلي : " غير أن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري " .

وهكذا فانه اذا ما انعقد العقد بين الطرفين ، التزم كل طرف بتنفيذ التزامه ، واذا حدث ولم يقم أحدهما بما التزم به فان القانون يجيز للمتعاقد الآخر ، بعد أن يعذر المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه اذا ما كان ملزما للجانبين ، وهنا يظهر دور القاضي في هذا الاجراء الذي يطالب به الدائن [1] ، فبعد اعذار المدين أي مطالبته بالتنفيذ في مهلة معينة ، يجوز للدائن أن يطلب من القضاء تنفيذ العقد جبرا على المدين أو فسخه مع التعويض في الحالتين ، فاذا ما اختار الدائن الفسخ تولى القاضي الأمر ، اذ يجوز له في هذه الحالة أن يحكم به أولا بحكم ، اذ أن له سلطة تقديرية في ذلك ، فقد يرى اهمال المدين واضحا في عدم التنفيذ أو تماطله بالرغم من مطالبة الدائن له بالتنفيذ ، فيحكم في هذه الحالة بفسخ العقد ، وقد يرى عدم فسخ العقد فيمنح المدين أجلا للوفاء .

وفي تطبيق ذلك نجد أن المشرع الجزائري ذهب وفي المادة 561 من القانون المدني الجزائري الى اجازة فسخ عقد المقاولة أو زيادة الأجرة من طرف القاضي اذا ماطرأت ظروف أدت الى انعدام التوازن بين التزامات رب العمل والمقاول [2] ، بحيث أصبح تنفيذ التزام المقاول وان لم يكن مستحيلا صار مرهقا له اذا ماقام به وفقا للاتفاق [3] .

---

1) حيث تقضي المادة 119 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك ، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات " .

2) كحرب ، أو خراب مفاجئ ، وترتفع بذلك أسعار المواد الأولية أو تكاليف العمل .

3) حيث تقضي المادة 561 في فقرتها الثالثة بمايلي : " على أنه اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد " .

ويلاحظ أنه اذا كانت هذه المادة هي تطبيق لنظرية الظروف الطارئة ، السابق الاشارة اليها ، الا أن الجزاء هنا يختلف عما سبق ، بحيث يمكن للقاضي فسخ العقد في هذه الحالة ، على عكس الظروف الطارئة .

فللقاضي أن يفسخ العقد اذا مارأى مبررا لذلك ، كأن يرى أن بقاء التزام المقاول مرهقا بالرغم من زيادة الأجرة ، فيفضل فسخ العقد [1] .

وفيما يتعلق بعقد الشركة ، فلقد منح القاضي صلاحية حل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء وعلى القاضي أن يبحث عن السبب الجدي الذي يستدعي حل الشركة [2] .

وقد قرر المشرع أيضا حل شركة المساهمة من طرف القضاء بناء على طلب كل معني بالأمر ، اذا ما انخفض عدد المساهمين الى أقل من تسعة [3] .

كما ان للقاضي سلطة الحكم ببطلان العقد اذا كان هناك سبب لذلك ، فاذا لم يكن أحد أركانه متوافرا ، أو اختل أحد شروط صحة هذه الأركان كان العقد باطلا ، ويحكم القاضي ببطلانه اذا ماعرض عليه ، وبدون أن يطلب ذلك الخصوم . فاذا لم يتوافر الرضا أو المحل أو السبب أو الشكل في بعض الأحيان اذا ماتطلبه المشرع ركنا للانعقاد ، واذا ما كان المحل غير مشروع أو غير معين أو كان السبب غير مشروع كان العقد بذلك باطلا بطلانا مطلقا وللقاضي أن يحكم ببطلانه ولا تجوز اجازته [4] .

1) عبد الرزاق السنهوري / الوجيز في شرح القانون المدني / الجزء السابع / المجلد الأول / ص 185 .

2) اذ تنص المادة 441 من القانون المدني الجزائري على مايلي : " يجوز ان تحل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر ليس هو من فعل الشركاء ويقدر القاضي خطورة السبب المبرر لحل الشركة" . بل لقد جعلت أحكامها من النظام العام ، حيث أشارت الفقرة الثانية منها الى أنه : " ويكون باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك " .

3) وفي ذلك تقرر المادة 689 من القانون التجاري الجزائري مايلي : " يجوز للمحكمة أن تتخذ قرار حل الشركة بناء على طلب كل معني بالأمر ، اذا كان عدد المساهمين قد خفض الى أقل من تسعة منذ أكثر من عام " .

4) اذ تقضي المادة 102 من القانون المدني بما يلي : "اذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالاجازة " .

وكذلك اذا ما طالب أحد المتعاقدين ابطال العقد ، وكان القانون يعطيه هذا الحق ، وهذا في حالة القابلية للابطال أو البطلان النسبي ، كناقص الأهلية ، والمشوبة ارادته بعيب من عيوب الارادة (الغلط ، والتدليس ، والاكراه ، والاستغلال)[1] ففي هذه الحالة للقاضي أن يحكم بابطال العقد[2] .

---

1) المواد 81 الى 91 الخاصة بعيوب الارادة .

2) مع مراعاة الاختلاف في الجزاء بالنسبة لعيوب الارادة ، ذلك انه في الاستغلال مثلا يجوز طلب ابطال العقد أو الانقاص من الالتزامات ، على عكس العيوب الأخرى ، وهذا لطبيعة الاستغلال الخاصة .

الخاتمة //

يعد العقد وسيلة من الوسائل الفنية التي تسهل عملية التبادل الاقتصادي في المجتمع ، أيا ماكانت الفلسفة التي ينتهجها هذا المجتمع[1] .

ويبقى للعقد دوره سواء أكان ذلك في المذهب الفردي أو الاشتراكي ، وان كان هذا الدور الذي يؤديه يختلف باختلاف الأنظمة .

وهكذا فاذا كان العقد يساهم في عملية التبادل الاقتصادي بين أفراد المجتمع ، فهو الى جانب ذلك في المجتمع الاشتراكي يعد أحد أهم الوسائل التي تساهم في اتنفيذ الخطة التي تخضع لها الاقتصاد في هذا النظام ، والتي يتباين حجمها حسب طبيعة التشكيلة التي يترتب منها المجتمع .

ولقد كان الفقه الاشتراكي في بداية المجتمع الاشتراكي الأول ينظر الى العقد كأداة من أدوات المجتمع البرجوازي ، والتي يجب أن تزول بزواله ، ولكن بعد اهتمام الخطة أكثر بالسلع الاستهلاكية ، وحاجات المستهلكين ، فقد بدت الحاجة أكثر الى المزيد من العقود والحرية التعاقدية[2] .

فيبقى العقد اذن في النظام الاشتراكي كمصدر للالتزامات[3] .

وبالنسبة لدور الارادة في العقد ، فيبدو أن الأنظمة والتشريعات تتجه الى الحد من هذا الدور سواء أتعلق الأمر بالمجتمع الاشتراكي

---

1) برهام محمد عطا الله/بعض مشكلات تطور القانون في فترات التحول الاشتراكي / مجلة الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية /كلية الحقوق/جامعة الاسكندرية / السنة الثالثة / العددان الأول ، والثاني / 1963 ، 1964/ ص12 .

2) مصطفى الجمال/العقد والتطبيق الاشتراكي / مجلة الحقوق / الاسكندرية/ السنة الثالثة عشر / 1963 ، 1964 / ص45 .

3) Denis Tallon, les codes civiles des Pays Socialistes,Etude comparative Paris,1980,P.(229).

أو الفردي .

وإذا كان تدخل الدولة في النظام الاشتراكي في المجالات الاقتصادية والاجتماعية أمرا أساسيا لهذا النظام ، فانه حتى في ظل النظام الفردي لم تعد الدولة بمعزل عن الأفراد ، وانتهى بذلك عهد الدولة الحارسة ، فلقد أصبحت الدولة تتدخل في بعض مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأشخاص .

وهكذا تدخلت في المجال الاقتصادي وفي تنظيم عملية الانتاج نفسها لتحقق مع الحاجات الاستهلاكية ، وبوضع التسعيرة الجبرية للسلع الضرورية للأشخاص ، وهذا مايشكل حماية لهؤلاء .

كما أن عملية تنظيم التبادل التجاري مع الدول أصبحت تتم من قبل الدولة نفسها حماية لاقتصادها .

وبذلك أصبحت قواعد النظام العام الاقتصادي كثيرة ومختلفة يجب على الأشخاص مراعاتها في تصرفاتهم التي يقومون بها .

وفي المجال الاجتماعي وضعت التشريعات قواعد تكفل حماية الأشخاص ، وتحد من ارادة بعضهم لصالح بعضهم الآخر .

فقد كثرت عقود الاذعان وانتشر استعمالها في هذا العصر ، وذلك باحتكار هيئات وأشخاص معينين لخدمات وسلع ضرورية يكون بقية الأشخاص في المجتمع بحاجة اليها ، فتلجأ هذه الهيئات المحتكرة الى وضع شروط مسبقة يجب أن تقبل أو ترفض جملة وتفصيلا دون أن يكون للطرف المتعاقد معها حرية مناقشة بنودها ، فيضطر الى المتعاقد لحاجته الى الخدمات المقدمة من هذه الجهات .

ولما كان التعاقد بهذه الصفة يجعل أحد الطرفين في مركز قوي ، والطرف الآخر يذعن للتعاقد ، فيكون بذلك

الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية ، وبالتالي تجب حمايته ، فقد تدخلت التشريعات ، فوضعت قواعد تحمي بها هذا الطرف المذعن[1] .

ولقد ظهر نوع آخر من العقود هي العقود النموذجية (Contrats Types) وهذه العقود هي في حقيقتها عقود اذعان ، ولكنها توضع من قبل منظمات متخصصة أو هيئات معينة[2] ، وأحيانا يكون وضع بعض العقود في شكل نموذجي أمرا حتميا[3] .

ومن أبرز العقود النموذجية ، العقود الجماعية ، وهي تلك العقود التي تبرمها هيئة لتنظيم علاقة أفرادها بفرد آخر أو بهيئة أخرى ، وبتمام ابرامها تنفذ شروطها في كل فرد[4] .

ولعل عقد العمل الجماعي يعد من أهم هذه العقود وذلك بقيام اتفاق بين رب العمل أو بين اتحاد من أرباب الأعمال ، وبين نقابة العمال أو اتحاد نقابات العمال فيتضمن هذا الاتفاق الشروط التي يجب اتباعها في عقود العمل الفردية ، وهذا للحد مما قد يفرضه رب العمل على عامل

1) وهكذا فقد أصدر المشرع الفرنسي في عام 1930 ، قانون التأمين البحري ، وفيه جزء كبير من القواعد التي تحمي المؤمن له ، وتقيد حرية المؤمّن .
وفي عقد الايجار فقد تدخل المشرع الفرنسي ليحد من ارادة المؤجر وسلطته في استغلال ظروف المستأجر .

2) مثل العقود النموذجية الموضوعة من قبل اللجنة المركزية لمحضري السفن للنقل التجاري والبحري في فرنسا ، وكذلك وثيقة التأمين النموذجية الموضوعة بموافقة النقابة للتأمين ضد الحريق .

3) المادة 19 من أمر 7 أكتوبر 1947 الصادر في فرنسا ، والتي تفرض وضع عقود نموذجية في كل ولاية تتعلق بايجار الأراضي الزراعية وبالمزارعة وعقود تتعلق بتشغيل الأيدي العاملة الأجنبية ، وأخرى بعمل السجناء في السجن .

4) عبد الرحمن عياد / أساس الالتزام العقدي / المرجع السابق / ص 116 .

معين من شروط قد يضطر لقبول التعاقد وفقا لها .

ويرى بعض الفقهاء أن العقد النموذجي يشكل أداة سلم اذ يقدم عليه من أراد التعاقد وهو مطمئن ، ومن جهة فهو لا يشكل خطرا على الاقتصاد العام[1] ، وهكذا تقيد ارادة المتعاقدين في مثل هذه العقود ، بحيث لا يمكن تجنب التنظيم المقترح والشروط الواردة في العقد المنظم .

واذا كان العقد أداة نافعة لتبادل الثروات والخدمات بين الأشخاص ، فانه لا يجب أن تستعمل هذه الأداة لاستغلالهم ولهذا كان لابد من توجيه العقد ، هذا التوجيه الذي يعد احدى الظواهر الهامة في القانون المعاصر[2] .

فتجميع رؤوس الأموال وتركيز المشروعات والتفاوت في القوة لدرجة كبيرة بين المتعاقدين جعل من الضروري حماية الأطراف المتعاقدة ، فاتسمت بذلك الناحية الاجتماعية للعقد على الناحية الفردية ، فلم يعد العقد يخص المتعاقدين فحسب بل أصبح واقعة اجتماعية تهم الحياة الاجتماعية والاقتصادية في الدولة كلها ، ولهذا ظهر الاتجاه الى الحد من دور الارادة في العقد ، وأمكن للمشرع أن يتدخل كلما رأى أن في تدخله ذلك تحقيقا للمصلحة العامة[3] ، وهذا حتى لا تكون الارادة أداة تستعمل لتحقيق مصالح بعض الأشخاص على حساب بعضهم الآخر .

ولم تعد الحرية الفردية تلك الحرية التي تبيح لصاحبها أن يقوم باسمها بما يشاء بل قيدت هذه الحرية

---

1) من بينهم (لوتي Lauté) مشار اليه : Alfried Riég, le rôle de la volonté dans le droit civilFrançais et allemand,Paris,1961,P.(235).

2) عبد المنعم فرج الصده/في عقود الاذعان / رسالة دكتوراه / القاهرة 1946/ ص 47 .

3) حسب الرسول الشيخ الفزاري / المرجع السابق/ص 432 ، 433 .

الى الحد الذي تتحقق فيه مصالح الفرد ، والمصالح العامة في المجتمع .

وفي هذا الشأن يرى الأستاذ حبيب ابراهيم الخليلي بأنه " لم تعد فكرة الحرية الفردية فكرة مطلقة تخول الفرد العزلة والسلبية ، ففي مجتمع الصراع والأنانية برزت الحاجة الى التضامن الاجتماعي كضرورة حتمية لتخفيف حدة الصراع وتلطيف المأساة الانسانية عن طريق ايقاظ دوافع الايثار وتغليب الايجابية المشاركة على الأثرة وعدم الاكتراث ، وغدا من المسلم تقييد الحرية الفردية لمصلحة المجتمع[1] " .

وبالنسبة لدور العقد في الجزائر ومدى سلطان الارادة فيه ولما كانت الجزائر دولة اشتراكية ، واشتراكيتها نابعة من صميم واقعها وظروفها[2] ، وتعتمد على التخطيط كوسيلة للتنمية[3]

1) حبيب ابراهيم الخليلي / المرجع السابق / ص 102 .

2) لقد ورد في الميثاق الوطني لعام 1986 في هذا المجال مايلي : ان الاشتراكية في الجزائر لا تصدر عن أية فلسفة مادية ولا ترتبط بأي مفهوم غريب عن المسار الفكري والاجتماعي والروحي للشعب الجزائري ، بل انها مجرد وسيلة لانجاز المطامح الشعبية الواسعة ، والحيلولة دون احتكار الثروة من طرف أقلية محدودة " .

الميثاق الوطني لعام 1986 / الجريدة الرسمية / العدد 7 / السنة الثالثة والعشرون / 6 فيفري 1986 / ص 165 .

وجاء في موضع آخر من هذا الميثاق " وهكذا اختارت الثورة الجزائرية النهج الاشتراكي من أجل تحقيق التنمية الشاملة بوصفه وسيلتها المفضلة لتحقيق العدالة الاجتماعية " .

الميثاق الوطني لعام 1986 / المرجع السابق / ص 170 .

وتنص المادة 10 من الدستور في هذا الشأن على مايلي : " الاشتراكية اختيار الشعب الذي لا رجعة فيه كما عبر عن ذلك بكامل السيادة في الميثاق الوطني ، وهي السبيل الوحيد الكفيل باستكمال الاستقلال الوطني " .

3) وبشأن التخطيط ورد مايلي في الميثاق الوطني لعام 1986 " وهكذا يتأكد بأن التخطيط هو الأداة المثلى لتوجيه الاقتصاد ، والسير به في طريق الديمقراطية وأنه الوسيلة الفعالة لتوزيع عادل لثمار التنمية وأعبائها " .

الميثاق الوطني لعام 1986 / المرجع السابق / ص 168 .

فان عقود الدولة فيهما تؤدي وظائف اجتماعية واقتصادية من خلال تنفيذ أهداف المخطط الوطني ، الذي يستهدف انجاز التحولات الاشتراكية وبناء أسسها [1] .

واذا كان هذا شأن عقود الدولة ، فان العقود التي يبرمها الأفراد قد ترك المشرع فيهما مجالا لارادة عاقديها سواء أكان ذلك في انشائها للعقد أو في تنفيذها له .

ولكن من جهة أخرى لم تترك هذه العقود لارادة الأشخاص المطلقة ، بل لقد تدخل القانون للحد من قوتها وفرديتها ولتوجيه العلاقة التعاقدية واضفاء الصفة الاجتماعية عليها .

فالارادة ليست غاية في حد ذاتها ، ولكنها وسيلة لتحقيق خير الجماعة ، وهي تتقيد بما يستهدفه الصالح العام والتوازن الاقتصادي ، فقد تبرز ضرورات تستدعي الحد من دور الارادة وحريتها ، ذلك ان حرية الارادة التي تترك للأفراد والتي يطلق عليها بعض الفقهاء [2] (الحرية في) أي حرية الفرد في أن يريد أو لا يريد ، تتوقف على ما من شأنه أن يحد من (حريته في أن يريد أو لا يريد) .

فيجب حينئذ على الأشخاص أن لا يتجاوزوا القيود التي وضعت مراعاة لهذه الضرورات .

وبعد استعراضنا للقيود الكثيرة والمختلفة التي أوردها القانون الجزائري على دور الارادة وسلطانها في انشاء العقد وترتيب آثاره ، تبين لنا الاتجاه الى الحد من سلطان الارادة

---

1) رياض عيسى / نظرية العقد الاداري في القانون المقارن الجزائري / ديوان المطبوعات الجامعية / 1985 / ص 39 .

2) جلال علي العدوي / الاجبار القانوني علي التعاقد / رسالة دكتوراه / الاسكندرية 1965 / ص 112 .

وقوتها في العقد ، بما يخدم مصلحة طرفي العقد ، وفي ذات الوقت مصلحة الجميع .

فلقد أعطى القانون للارادة دورها اللازم لقيام العقد وتنفيذه ،وأورد على ذلك من القيود مايجعل هذا الدور محدودا .

فالارادة التي كانت تمثل السلطان والقانون الذي يجب أن يحترم ، ولا يمكن التدخل فيما تقرره ، هذه الارادة أصبحت تتحدد بما تفرضه القوانين من قيود لا يمكن مجاوزتها .

وهكذا فان كان المشرع الجزائري قد نص على مبدأ الرضائية في العقد في صدر المادة 59 من القانون المدني الجزائري الا أنه أورد على ذلك عدة قيود موضوعية كانت أو شكلية يجب على المتعاقدين مراعاتها ، وتحد بالتالي من دور الارادة في انشائها للعقود .

واذا كان المشرع كذلك قد أقر مبدأ القوة الملزمة للعقد في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري ، بما يوحي بأنه أطلق دور الارادة في تنفيذها للعقود التي تبرمها ، الا أنه أورد على ذلك قيودا كثيرة ومختلفة تحدد كلها الاطار الملائم الذي تقوم به الارادة ، ولابد أن تكون وفقا له حتى يعترف القانون بالتصرف الذي قامت به ويكون هذا التصرف منتجا لآثاره . فلم يعد للارادة سلطان الا اذا تصرفت وفق الضوابط التي وضعها القانون ، والتي بين مجالها الذي لا يمكن لها أن تتعداه ، ولم تعد الارادة حرة في انشائها للعقد وترتيب آثاره الا بقدر مايسمح به القانون في هذا الشأن فلسلطان الارادة لم يعد بذات الاطلاق الذي كان عليه سابقا .

ويبدو هذا التقييد من دور الارادة في القانون الجزائري ملائما للاتجاه الاشتراكي الذي تنتهجه بلادنا ، والذي يستوجب الا تكون الارادة الفردية بمعزل عن الجماعة ، بل تتقيد بما يحقق في نفس الوقت مصالح الطرفين والمصالح العامة في المجتمع .

آ ـ المراجع بالعربيـــة .

أولا : الكتب والمؤلفـــات .

1) أحمد سلامـــــة : مذكرات في نظرية الالتزام / الكتاب الأول /مصادر الالتزام , دار التعاون للطبع ،والنشر 1975 .

2) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركـة للمتعاقدين /ومدى تأثير قواعد الاثبات عليهـــا جامعة المنصورة / 1977 .

3) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : مضمون الالتزام العقدي /المطبعة العربيـــة الحديثة / القاهرة 1976 .

4) أحمد فتحي عبد الرحيم عبد الله : العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي المقارن /جامعة المنصـــورة كلية الحقوق/ 1979 .

5) أحمد فرج حسن : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلاميـــة الاسكندرية / طبعة حديثة / بدون تاريخ .

6) جلال علي العدوي : الاجبار القانوني على المعاوضة/ رسالة دكتوراه جامعة الاسكندرية / 1965 .

7) جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام / الكتاب الأول / مصــادر الالتزام / دار النهضة العربية/القاهرة 1976 .

8) جميل صليبا : علم النفس / الطبعة الثالثة / بيروت 1981 .

9) حبيب ابراهيم الخليلي : مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمـــع الاشتراكي /ديوان المطبوعات الجامعية /الجزائر 1979 .

10) حسن الذنون : محاضرات في القانون المدني العراقي / نظريـــة العقد /معهد الدراسات العربية العاليـــــة 1956 .

11) حسب الرسول الشيخ الغزالي : أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي فـــي القانون المقارن / رسالة دكتوراه / مصر 1979 .

12) حسين عامر : التعسف في استعمال الحق ، والغاء العقـــود مصر 1960 .

13) حسين عامر : القوة الملزمة للعقد /الطبعة الأولى / القاهـــرة 1949 .

14) رضا فرج : تاريخ النظم القانونية / ديوان المطبوعات الجامعية / الجزائر 1976 .

15) روستوبا وند : مدخل الى فلسفة القانون / ترجمة ; الدكتور صلاح دباغ / بيروت 1967 ؛

16) رياض عيسى : نظرية العقد الاداري في القانون المقارن والجزائري ديوان المطبوعات الجامعية / 1985 .

17) سليمان مرقس : المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية معهد البحوث والدراسات العربية / 1971 .

18) شمس الدين الوكيل : دروس في العقد ، وبعض أحكام الالتزام / دار المعارف / الاسكندرية / 1960 - 1961 .

19) صوفي حسن أبو طالب : أبحاث في مبدأ سلطان الارادة في القانون الروماني / دار النهضة العربية / 1964 .

20) عبد الجبار ناجي الملا صالح : مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود / رسالة ماجستير / بغداد / 1973 .

21) عبد الحكيم فودة : تفسير العقد في القانون المصري والمقارن منشأة المعارف بالاسكندرية / 1985 .

22) عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام / الجزء الثاني / مصادر الالتزام / مصر 1954 .

23) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني/الأجزاء (1 ، 2 ، 5) دار احياء التراث العربي / 1952 .

24) عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي / دار احياء التراث العربي / 1953 ، 1954 .

25) عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد / دار احياء التراث العربي / 1934 .

26) عبد الرحمن عياد : أساس الالتزام العقدي ، النظرية والتطبيقات الاسكندرية / 1972 .

27) عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد والارادة المنفردة / القاهرة 1984 .

28) عبد المنعم البدراوي : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري / ج1 / مصادر الالتزام / مصر 1975 .

29) عبد المنعم فرج الصده : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية / دار النهضة العربية / 1974 .

30) عبد المنعم فرج الصده : في عقود الاذعان في القانون المصري / دراسة فقهية وقضائية مقارنة / رسالة دكتوراه / مطبعة جامعة فؤاد الأول / 1946 .

31) عبد الودود يحي : الموجز في النظرية العامة للالتزامات / مصادر الالتزام / القاهرة / 1981 .

32) عثمان سعيد عثمان : استعمال الحق كسبب للاباحة / القاهرة / 1968 .

33) علي محمد جعفر : تاريخ القوانين والشرائع (القانون الروماني والشريعة الاسلامية) بيروت 1982 .

34) لبسني مختار : وجود الارادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن / الجزائر / 1984 .

35) محمد حسنين : الوجيز في نظرية الالتزام / مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري / المؤسسة الوطنية للكتاب / الجزائر / 1983 .

36) محمد سلام مدكور : نظرية العقد / دار النهضة العربية / بدون تاريخ .

37) محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري / جـ1 / مصادر الالتزام / دار النهضة العربية / 1985 ، 1986 .

38) محمد عصفور : الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي القاهرة / 1961 .

39) محمد لبيب شنب : موجز في مصادر الالتزام / المصادر الارادية العقد والارادة المنفردة / دار النهضة العربية 1970 .

40) محمد وحيد الدين سوار : التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي / ط 2 / الشركة الوطنية للنشر والتوزيع/ الجزائر 1979 .

41) محمد وحيد الدين سوار : شرح القانون المدني / النظرية العامة للالتزام جـ1 / مصادر الالتزام / دمشق / 1980 ، 1981 .

42) محمود جمال الدين زكي : دروس في مقدمة الدراسات القانونية / الطبعة الثانية / القاهرة / 1969 .

43) محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية / جـ1 / القاهرة / 1978 .

44) محمود جمال الدين زكي : الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري / جـ1 / مصادر الالتزام / الطبعة الثالثة القاهرة / 1978 .

45) محمود أبو عافية : التصرف القانوني المجرد /النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري والمقارن رسالة دكتوراه / القاهرة / 1947 .

46) مصطفى محمد الجمال : الانهاء غير المشروع لعلاقات العمل / بيروت 1970 .

47) نزيه محمد الصادق المهدي : الملكية في النظام الاشتراكي /القاهرة/بدون تاريخ .

48) هنري باتيفول : فلسفة القانون / ترجمة : سموحي فوق العادة الشركة الوطنية للنشر والتوزيع / الجزائر/1979 .

49) وليم سليمان قلادة : التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري الطبعة الأولى / القاهرة/ 1955 .

ثانيا : المقالات والبحوث .

1) ابرهام محمد عطاالله : بعض مشكلات تطور القانون في فترات التحول الاشتراكي/مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية /السنة الثالثة عشر/ العددان 1، 2 1963 ، 1964 .

2) أبو اليزيد علي المتيت : الحرية التعاقدية والنظام الاقتصادي العام / مجلة المحاماة / العدد 5 /السنة الحادية والأربعون .

3) أسعد عصفور : رقابة القضاء وضرورة حماية الفرد في الدولة الحديثة / مجلة المحاماة / العددان 8 ، 9 السنة الواحدة والخمسون / 1971

4) سعد واصف : المسؤلية المدنية للدولة في النظام الاشتراكي مجلة المحاماة / العدد العاشر /لسنة 1961 ص 899 ومابعدها .

5) عادل مصطفى بسيوني : مبدأ سلطان الارادة في الشريعة الاسلامية مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم / العددان 7، 8 / 1976 ، 1977 .

6) عبد السلام الترمانيني : سلطة القاضي في تعديل العقود / مجلة المحاماة السنة 41/ العدد 6 /ص 99 ومابعدها .

7) عبد الهادي العطاني : صور من طرق التعبير عن الارادة في القانون الانجليزي والقانون السوداني /مجلة القانون والاقتصاد/السنة 44/العدد 1 /مارس1974/ص1 ومابعدها .

8) مختار القاضي : تأثر الالتزامات المدنية بالنزعة الشخصية والمادية مجلة المحاماة / السنة 39/ 1958 / ص175 ومابعدها .

9) مصطفى الجمال : العقد والتطبيق الاشتراكي /مجلة الحقوق / الاسكندرية / السنة 13/ العددان 1 ، 2/ 1964/ ص 45 ومابعدها .

10) وديع فرج : الاتجاهات الحديثة في العقد والمسؤولية الخطئية / مجلة القانون والاقتصاد /العدد 15 ص 45 ومابعدها .

ثالثا : الدوريات .

1) نشرة القضاة للجمهورية الجزائرية / وزارة العدل / عدد خاص / 1982 .

2) نشرة القضاة للجمهورية الجزائرية / وزارة العدل / العدد الثالث/جويلية 1986 .

3) نشرة القضاة للجمهورية الجزائرية / وزارة العدل / العدد الرابع /أكتوبر 1986 .

4) مجموعة الأحكام / المجموعة الأولى / الجزء الثاني .

رابعا : المواثيق .

1) الميثاق الوطني لعام 1976/
الأمر رقم 76- 57 المؤرخ في 7 رجب 1396 الموافق لـ 5 يوليو 1976/ يتضمن نشر الميثاق الوطني (السابق) .

2) الميثاق الوطني لعام 1986/
المرسوم رقم 86 - 22 المؤرخ في 30 جمادي الأول 1406 الموافق لـ9 فبفري 1986 . يتعلق بنشر الميثاق الوطني ، الموافق عليه في استفتاء 16 يناير 1986 .

3) دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لعام 1976 ، الصادر بالأمر 76 - 97/ المؤرخ في 30 ذي القعدة 1396 ، الموافق لـ 22 نوفمبر 1976 .

خامسا : القوانين والأوامر .

1) الأمر رقم 66 - 54 ، المؤرخ في 11 ذي القعدة 1385 ، الموافق لـ 3مارس1966 المتعلق بشهادة المخترعين واجازات الاختراع .

2) الأمر رقم 66 - 154 ،المؤرخ في 18 صفر 1386 ، الموافق لـ 8 يونيو 1966 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية .

3) الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 ، الموافق لـ 8 يونيو 1966 ، يتضمن قانون العقوبات .

4) الأمر رقم 66 - 211 ، المؤرخ في 2 ربيع الثاني 1386 ، الموافق لـ 21 يوليو1966 يتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر .

5) الأمر رقم 70 - 91 ، الصادر في 15 ديسمبر 1970 . المتضمن تنظيم التوثيق .

6) الأمر رقم 71 - 60 ، المؤرخ في 14 جمادي الثانية 1391 ، الموافق لـ 5 غشت 1971 ، يتعلق بشروط استخدام الأجانب .

7) الأمر رقم 74 - 25 ، المؤرخ في 20 فيفري 1974 ، المتضمن قانون الاحتياطات العقارية للبلدية .

8) الأمر رقم 75 - 31 ، المؤرخ في 17 ربيع الثاني 1395 ، الموافق لـ 29 أفريل 1975 ، يتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص .

9) الأمر رقم 75 - 37 ، المؤرخ في 17 ربيع الثاني 1395 ، الموافق لـ 29 أفريل 1975 ، يتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار .

10) الأمر رقم 75 - 58 ، المؤرخ في 20 رمضان 1395 ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني .

11) الأمر رقم 75 - 59 ، المؤرخ في 20 رمضان 1395 ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري .

12) قانون رقم 82 - 06 ، المؤرخ في 3 جمادي الأول 1402 ، الموافق لـ 27 فبراير 1982 ، يتعلق بعلاقات العمل الفردية .

13) قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 8 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 ، يتضمن قانون الأسرة .

سادسا : المراسيم ..

1) مرسوم رقم 63 - 85 المؤرخ في 16 مارس 1963 . يتضمن قمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق باكتساب وحيازة وصنع الأسلحة والذخائر والمتفجرات .

2) مرسوم رقم 63 - 441 ، مؤرخ في 8 نوفمبر 1963 . يتعلق بتنظيم شروط اقتناء وحيازة وحمل أسلحة الصيد وذخائرها والتنازل عنها .

II- المراجع باللغة الفرنسية .

A - OUVRAGES :

1- Alex Weill, et François terré; Droit Civil, les Obligations, 2eme editions , Précis Dalloz, 1975.

2- Ali ben Cheneb: Théorie Générale du Contrats, 2eme éditions, Alger, 1982.

3- Alfried Rieg: le Rôle de la volonté dans l'Acte Juridique en Droit Français et allemend, Paris, 1961.

4- CHAFIK CHEHATA: Théorie Générale de l'Obligation en Droit Musulman, Hanéfité, Paris, 1969.

5- Danilo llanos Loayza: L'Abus de Droit dans les Obligations Civiles - Contractuelles, Thése de Doctorat Paris, 1975.

6- Eugéne CAUDEMET: Théorie des Obligations, Paris 1937.

7- GINOSSAR: Liberté Contractuelle et Respect des Droit Des tiéres Paris, 1963.

8- GOUNOT: Le Principe de L'autonomie de la volonté en Droit Privé, Thése, dijon, 1912.

9- Jean Carbonnier: Théorie des Obligations, Presse Universitaire de France, Paris, 1963.

10- Jean Jacques Rousseau: du Contrat-Social, S.N.E.D, ALGER, 1980.

11- Jean Luc Aubert: Nations et Rôles de l'Offre et de l'Acceptation dans la formation du Contrat, Tome Six Paris, 1970.

12- Maghdi Sabry Khalil: le Dirigisme économique et les Contrats, étude Comparée France, Egypte, U.R.S.S. , Paris 1967.

13- Mazeud: Leçons de Droit Civil, Tome 2, Paris, 1956.

14- MOSTAPHA Mohamed EL GAMMAL: L'Adaptation du Contrat Au Circonstances économiques, Paris, 1967.

15- Rene Rodiere: La Formation du Contrat, Paris, 1976.

16- Véronique Ranouil: L'Autonomie de la Volonté, naissance et évolution d'Un Concept, Paris, 1980.

B - PERIODIQUES:

1- Gazette de Palais, 1973.

2- Dalloz, 1979, 1980.

3- Juris Classeur, 84, Civil,(19?2).

الفهـــــــرس

	الصفحة
المقدمـــة :	1
الفصـل التمهيـدي : دور الارادة في العقد في بعض الشرائع والقوانين .	6
المبحـث الأول : دور الارادة في العقد في الشرائع القديمة	6
المطلب الأول : دور الارادة في القانون الروماني	6
المطلب الثاني: دور الارادة في الشريعة الاسلامية	8
المبحث الثانـــي: دور الارادة في انشاء وتنفيذ العقد في القوانـــين الحديثة ;......................	16
المطلب الأول : حرية الارادة في المذهب الفـردي	16
المطلب الثاني: دور الارادة في المذهب الاشتراكـي	22
البـــــاب الأول : مظاهر سلطان الارادة في انشاء وتنفيذ العقد في القانون الجزائري	25
الفصــــل الأول : مظاهر سلطان الارادة في انشاء العقد	25
المبحـث الأول : دور الارادة في الفترة السابقة على التعاقد ...	25
المطلب الأول : حرية الارادة في اجراء المفاوضات	26
المطلب الثاني: الحرية في التعاقد وعدمه واختيار المتعاقد الآخر.	29
المبحث الثانـــي : دور الارادة أثناء انشاء العقد	31
المطلب الأول : حرية الارادة في الايجاب والقبول	31
المطلب الثاني: حرية الارادة في الاتفاقات والاشتراطات	38
الفرع الأول : الاتفاقات المتعلقة بتعديل قواعد المسؤولية	38
الفرع الثاني: بعض الاتفاقات والاشتراطات الأخرى التي يجـوز للاشخاص القيام بها	41
الفصــــل الثانـــي : مظاهر سلطان الارادة في تنفيذ العقد	44
المبحـث الأول : التزام المتعاقدين بالعقد (العقد شريعة المتعاقدين)	44
المطلب الأول : القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين) .	44
المطلب الثاني: النتائج المترتبة على القوة الملزمة للعقد	45

الصفحة

المبحث الثاني : تنفيذ العقد بحسب ماجاء فيه 47

المطلب الأول : في حالة وضوح العبارة 47

المطلب الثاني : في حالة عدم وضوح العبارة 49

الباب الثاني : القيود الواردة على سلطان الارادة في انشاء العقد. 53

الفصل الأول : القيود الموضوعية الواردة على سلطان الارادة في انشاء العقد 53

المبحث الأول : القيود الواردة على حرية الارادة في الايجاب والقبول والاتفاقات والاشتراطات التي يقوم بها الأشخاص 53

المطلب الأول : التقييد من حرية الارادة في اصدار الايجاب والقبول 54

المطلب الثاني : الحد من دور الارادة في بعض الاتفاقات والاشتراطات. 55

المبحث الثاني : القيود الواردة على حرية التعاقد وعدمه 58

المطلب الأول : الاجبار على التعاقد كقيد على حرية الارادة في عدم التعاقد 58

المطلب الثاني : المنع من التعاقد كقيد على حرية الارادة في التعاقد. 63

الفصل الثاني : القيود الشكلية التي ترد على سلطان الارادة في انشاء العقد 66

المبحث الأول : الشكلية المتطلبة للانعقاد كقيد على حرية الارادة في انشاء العقد 68

المطلب الأول : التوثيق كشكلية واردة على ابرام العقد 68

المطلب الثاني : الكتابة المشترطة للانعقاد كقيد على دور الارادة في انشاء العقد .(كتابة غير رسمية)....... 72

المبحث الثاني : شكلية غير متطلبة للانعقاد كقيد على حرية الارادة. 74

المطلب الأول : التسجيل والقيد 74

المطلب الثاني : اشتراط الكتابة للاثبات كقيد على حرية الارادة . 75

المبحث الثالث : بعض الشكليات والاجراءات الأخرى التي يشترطها المشرع والتي تعد قيدا على دور الارادة في انشاء العقد 77

الصفحة

المطلـــب الأول : اشتراط الحصول على رخصة من جهة معينة 77

المطلـــب الثاني : اشتراط التسليم في العقود العينية 78

البـــــاب الثالـــــث : القيود الواردة على سلطان الارادة في تنفيذ العقد . 80

الفصـــــــل الأول : الحد من القوة الملزمة للعقد 80

المبحـــــث الأول : امكانيـة تعديـل العقد 80

المطلـب الأول : تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة 81

المطلـب الثاني : تعديـل العقد لأسبـاب أخـرى 87

المبحـــــث الثاني : عدم جواز تنفيذ العقد بما يتعارض وحسن النية ..
وباستعمال الحق استعمالا تعسفيا 90

المطلـب الأول : ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية 90

المطلـب الثاني : عدم جواز التعسف في استعمال الحق في المجال
العقدي 95

الفصـــــــل الثاني : التدخل في تنفيذ العقد أو لانهائه 99

المبحـــث الأول : التدخل في تنفيذ العقد 99

المطلـب الأول : دور القاضي في تكملة ارادة المتعاقدين 99

المطلـب الثاني : ترك السلطة التقديرية للقاضي في بعض المسائل ... 102

المبحـــث الثاني : التدخل في العقد لانهائه 107

المطلـب الأول : انهاء العقد بسبب مخالفته للنظام العام والآداب
العامة 107

المطلـب الثاني : انهـاء العقد لأسباب أخرى 111

الخاتمـــة 115

المراجع بالعربيـة 122

المراجع بالفرنسية 128

الفهـــــرس 130